

UNIVERSITÉ DE PARIS. — FACULTÉ DE DROIT

LA CONDITION DE LA MÈRE

DANS

L'HISTOIRE DU DROIT FRANÇAIS

THÈSE POUR LE DOCTORAT

Présentée et soutenue le vendredi 31 mai 1907, à 8 heures 1/2

PAR

Charles PELLET

Président : M. LEFEBVRE

Suffragants : { MM. CHÉNON, }
 { GARÇON, } *professeurs.*

PARIS

LIBRAIRIE NOUVELLE DE DROIT ET DE JURISPRUDENCE

ARTHUR ROUSSEAU

ÉDITEUR

14, RUE SOUFFLOT ET RUE TOULLIER, 13

—
1907



Digitized by the Internet Archive
in 2026

THÈSE
POUR LE DOCTORAT

La Faculté n'entend donner aucune approbation ni improbation aux opinions émises dans les thèses ; ces opinions doivent être considérées comme propres à leurs auteurs.

UNIVERSITÉ DE PARIS. — FACULTÉ DE DROIT

LA CONDITION DE LA MÈRE

DANS

L'HISTOIRE DU DROIT FRANÇAIS

THÈSE POUR LE DOCTORAT

L'ACTE PUBLIC SUR LES MATIÈRES CI-APRÈS

Sera soutenu le vendredi 31 mai 1907, à 8 heures 1/2

PAR

Charles PELLET

Président : M. LEFEBVRE

Suffragants : { MM. CHÉNON, } professeurs.
 { GARÇON, }

PARIS

LIBRAIRIE NOUVELLE DE DROIT ET DE JURISPRUDENCE

ARTHUR ROUSSEAU

ÉDITEUR

14, RUE SOUFFLOT ET RUE TOULLIER, 13

1907





A LA MÉMOIRE DE MON FRÈRE GEORGES

A MA GRAND'MÈRE

A MES PARENTS

CH. PELLET

LA CONDITION DE LA MÈRE

DANS

L'HISTOIRE DU DROIT FRANÇAIS

INTRODUCTION

Nous nous proposons d'étudier la condition faite à la mère par l'ancien droit français. Mais pour limiter le champ de notre thèse, ne pas nous perdre dans le dédale d'un sujet trop vaste, seuls les effets juridiques d'une maternité légitime seront ici mis en relief. Intéressante certes serait l'étude des droits et devoirs reconnus à la mère naturelle dans notre France ancienne : il y aurait là de curieux détails à noter. Il nous a paru préférable de n'aborder pas cette face pourtant si grave de la condition maternelle pour davantage fouiller le cadre plus riche de la maternité légitime.

Au travers des influences morales, religieuses, l'édifice actuel du droit familial nous paraîtra dans le lointain des temps pierre à pierre s'édifier. A nos regards chaque siècle par son empreinte le viendra marquer. Pour mieux saisir les prémices antiques de la famille moderne, d'ail-

leurs persuadés que les institutions juridiques appartenant à une époque déterminée ne peuvent être bien comprises si on ne les rétablit dans le milieu pour lequel elles ont été faites (1), nous relèverons les attributs et devoirs maternels à chacune des phases principales de notre histoire

Voici les divisions que nous suivrons ;

- I. — Les origines (avant le vi^e siècle) ;
- II. — Période franque (vi^e au ix^e siècle) ;
- III. — Période féodale (x^e au xiv^e siècle).
- IV. — Période monarchique (xv^e au xviii^e siècle).

(1) Cuq, *Les Institutions juridiques des Romains*. Introduction.

PREMIÈRE PARTIE

LES ORIGINES (Avant le VI^e siècle).

CHAPITRE PREMIER

CONDITION DE LA MÈRE CHEZ LES CELTES.

Si cherchant à percer le brouillard de vagues témoignages, nous évoquons le rôle de la mère au foyer gaulois, celle-ci nous apparaît subjuguée sous le plus rude despotisme.

Sur elle et ses enfants le père a droit de vie et de mort (1).

Grossier et violent (2), maître absolu dans sa demeure, près des rivières à la lisière des forêts (3), le guerrier celtique surveille ses champs, ses troupeaux, chasse, s'entoure de serviteurs, d'hommes d'armes. Sa femme ou ses femmes (4) vivent recluses parmi les esclaves (5).

(1) *Viri in uxores, sicuti in liberos vitae necisque habent potestatem.* Caesar, *de Bello Gallico*, lib. VI, cap. 19.

(2) Amédée Thierry, *Hist. des Gaulois*, liv. IV, ch. 1.

(3) Caes., *Bell. Gall.*, VI, 30.

(4) L. de Valroger, *Les Celtes et la Gaule celtique*, p. 174.

(5) Amédée Thierry, liv. IV. ch. 1, p. 436 et 476.

Les vers grecs d'un poète inconnu traduisent une superstition sauvage : « C'est le Rhin, ce fleuve au cours impétueux, qui éprouve chez les Gaulois, la sainteté du lit conjugal. A peine le nouveau-né descendu du sein maternel, a poussé le premier cri, que l'époux s'en empare ; il le couche sur son bouclier, il court l'exposer aux caprices des flots : car il ne sentira point, dans sa poitrine, battre un cœur de père, avant que le fleuve, juge et vengeur du mariage (1), ait prononcé le fatal arrêt. Ainsi donc aux douleurs de l'enfantement succèdent pour la mère d'autres douleurs : elle connaît le véritable père, et pourtant elle tremble dans de mortelles angoisses, elle attend ce que décidera l'onde inconstante. » (2)

Telle est, sur les rives du Rhin, la preuve barbare et, paraît-il, irréfragable d'une filiation légitime !

Exclue d'une puissance aussi dure en Gaule que dans l'ancienne Rome (3), la mère avec eux réduite au même joug, élève ses jeunes enfants.

(1) Οὔπω γάρ γενεταο φέρει νοον, πρίν γ' ἐσθρησῇ
Κεκριμένον λουτροῖσιν ἐλεγχίζμου ποταμοῖο

Anthol. I, 43, ep. 1.

(2) Ἡ δὲ μετ' Εὐλείθοιαν ἐπ' ἀλγεσιν ἄλγος ἔχουσα
Μῆτηρ, εἰ καὶ παιδὸς ἀληθεῖα οἶδε τοκῆα
Ἐκδεχεται, τρομέουσά τι μῆσται ἀστατον ὕδωρ

Ibid.

Cf. Julien, Epist. XV, *ad Maxim. philos.* — *Id.*, Orat. II, in *Constant. imper.*

(3) Gaius, I, § 55. — *In potestate nostra sunt liberi nostri... Quod jus proprium civium romanorum est... Nec me praeterit Galatarum gentem credere in potestate parentum liberos esse.* — Saint Paul en son épître aux Galates, pour mieux frapper leur esprit, met en

Il serait téméraire d'induire son autorité d'après César en ses *Commentaires*. Ce dernier s'exprime ainsi : « Les Gaulois, entr'autres mœurs, se particularisent en ce qu'ils ne souffrent pas d'être abordés dans les assemblées par leurs fils impuissants encore à porter les armes. C'est une honte pour un père d'apparaître en public avec ses enfants (1) ». L'affectation mise par le général romain à ne parler que de la vie publique *palam*, *in publico*, laisse assez supposer une autre attitude au foyer familial. Le guerrier rougit de son frêle enfant, mais plus tard sera fier de combattre à ses côtés. Ce rude méprise la puérile faiblesse et délègue sans doute à la mère le soin d'une première éducation, mais il entend former un combattant vigoureux : ce n'est pas œuvre de femme. Rien ne prouve que le jeune celte soit abandonné à l'exclusive direction de sa mère, son père développe en lui de bel-
liques instincts.

pleine lumière l'idée de *patria potestas* : *Dico autem : quanto tempore haeres parvulus est, nihil differt a servo, cum sit dominus omnium ; — sed sub tutoribus et actoribus est, usque ad praefinitum tempus a patre*, IV, v. 1 et 2. — Tout laisse croire, chez ce peuple de race celte, à l'origine gauloise d'une coutume aussi particulière. Si Gaius n'a pas cité les Gaulois de préférence aux Galates, c'est qu'il vécut en Asie Mineure près de la Galatie, mais connaissant fort peu sans doute les usages de Gaule. — Cf. Valroger, p. 168. Se reporter encore au texte de César, VI, 19, déjà cité.

(1) *In reliquis vitae institutis, hoc fere ab reliquis differunt, quod suos liberos, nisi cum adoleverint, ut munus militiae sustinere possunt, palam ad se adire non patiantur ; filiumque in puerili aetate, in publico, in conspectu patris assistere, turpe ducunt.* Caesar., *Bell. Gall.*, VI, 18.

Amédée Thierry (1) nous semble aller trop loin ; dire avec le savant historien : « Nulle vie de famille n'existait chez les nations gauloises », c'est vouloir ignorer de formels témoignages. Prêts à lutter pour l'indépendance les *equites* jurent par ce qu'ils ont de plus sacré : ils ne reverront pas enfants, père et mère, femme avant d'avoir par deux fois chargé l'ennemi. « Vous serait-il plus doux, leur crie Vercingétorix, de voir vos femmes outragées et captives, vos enfants chargés de fer, vos parents égorvés. » La Gaule libre, la patrie sauvée, ce n'est pas le suprême désir de ces esprits grossiers, mais ils meurent pour ne pas voir leurs maisons en cendres, leurs familles anéanties. Certes la nature sait parler chez ces barbares. Ces despotes du foyer ont profond l'amour familial.

S'il n'est pas polygame, le Gaulois doit traiter la première de ses esclaves comme les Romains la *mater familias*. C'est elle qui lui donne les guerriers robustes que seront ses enfants, c'est elle qui l'excite au combat (2). A travers le texte célèbre où Cæsar esquisse cette prétendue communauté de biens, ces gains de survie pour l'époux survivant, transpire assez la condition subordonnée, mais non pas avilie, de la mère celte. Voici le passage des *Commentaires* : « Estimation faite, le mari, de son propre avoir, mêle aux troupeaux qu'il a reçus dans l'apport dotal de sa femme, une égale valeur de bétail. In-

(1) Amédée Thierry, liv. IV, ch. 1, p. 474. — Voir Laferrière, *Hist. du Dr. fr.*, t. II, p. 74 et 75 ; Cæsar, *Bell. Gall.*, VII, 66 ; VI, 14.

(2) Cæsar, *Bell. Gall.*, VII, 48.

ventaire est dressé des troupeaux fusionnés, le croît mis en réserve. Cette masse devient en entier la propriété de l'époux survivant (1). » Si veuve elle acquiert de tels droits, la mère aura durant le mariage sinon une autorité parallèle à la gouverne du père, au moins un pouvoir moral sous l'absolutisme paternel.

Et ne pourrait-on conjecturer qu'elle aura contre les abus possibles d'un mari brutal un appui près de ce tribunal des proches dont César nous a relaté l'existence : « Lorsqu'un homme de haut rang vient à mourir, ses proches se réunissent en conseil ; et, s'ils ont sur sa mort des soupçons, mettent les femmes à la torture comme de simples esclaves (2) ». — Certes cette assemblée délibère, d'après ce passage, à la mort du chef et pour juger ses femmes soupçonnées de crime ; mais le seul fait de sa constitution, même sous d'aussi particulières conjonctures, rend plausibles des usages similaires aux usages germains. Le conquérant romain, « philosophe habile, versé dans la science juridique », nous parle de *propinqui* (3).

(1) *Viri quantas pecunias ab uxoribus dotis nomine acceperunt, tantas ex suis bonis aestimatione facta, cum dotibus communicant. Hujus omnis pecuniae conjunctim ratio habetur, fructusque servantur. Uter eorum vita superarit ad eum pars utriusque cum fructibus superiorum temporum pervenit*, Caesar, *Bell. Gall.*, VI, 19.

(2) *Quum pater familias... inlustriore loco natus decesserit, ejus propinqui conveniunt, et de morte si res in suspicionem venit de uxoribus in servilem modum quaestionem habent*. Caesar, *Bell. Gall.*, VI, 19.

(3) Consulter Glasson, *Hist. du dr. et des instit. de la France*, t. I, p. 110 ; du Plessis de Grenedan, *Hist de l'autorité paternelle*, thèse. Paris, 1900, p. 32. — Rapprocher Caesar, VI, 14 ; ce dernier nous parle d'enfants envoyés aux collèges druidiques *a parentibus propinquisque*.

Or ce terme embrasse l'ensemble de la famille naturelle, tous les cognats, parents paternels et maternels. Sans doute la femme accusée trouvera des défenseurs parmi ses proches admis à siéger dans le conseil. Et si comme en Germanie les cognats par la mère pèsent de leur influence sur les décisions familiales, celle-ci se trouvera protégée dans ses droits conjugaux et maternels. « Si, dit M. Viollet, la pénurie des renseignements et des textes est presque complète en ce qui touche le droit gaulois, une considération peut atténuer nos regrets : c'est que ce droit perdu ressemblait vraisemblablement beaucoup au droit germanique, tout en marquant probablement un état de culture plus avancé (1). » Il est juste de prétendre à cette conclusion d'après les vestiges sociaux qui nous sont parvenus communs aux races celte et d'outre-Rhin. Le Gaulois a sous sa puissance incontestée ses enfants, sa femme, mais doit compter sur l'ingérence morale des cognats maternels.

La puissance paternelle en Gaule nous apparaîtrait donc régie par des principes mitigés, intermédiaires entre les règles des lois romaines et du droit germanique. Hors des cas de polygamie la mère a dans la famille une condition très analogue à celle d'une *mater familias*, adoucie peut-être par l'influence protectrice de ses proches cognats.

Nous ne saurions passer sous silence la condition

(1) P. Viollet, *Hist. du dr. civ. fr.*, p. 8, 3^e édit., 1905.

meilleure faite aux mères ibériennes, ligures et massaliotes.

La Gaule, occupée dans ses provinces sud par des races étrangères à la celtique, fut le théâtre de mœurs fort curieuses chez les Ligures et les Ibères. Parlant des Cantabres, peuple aux coutumes voisines, le géographe Strabon cite les traits suivants : « Chez eux, dit-il, ce sont les maris qui apportent une dot à leurs femmes, et ce sont les filles qui héritent de leurs parents sauf, pour elles à prendre soin d'établir leurs frères puînés. De tels usages annoncent le pouvoir dont le sexe y jouit, mais dénotent un état social guère avancé (1). » Comme l'homme, la femme semble avoir aptitude à représenter, conduire, et perpétuer la famille (2). Et cela stupéfie l'observateur grec et cela tranche sur l'universel asservissement du sexe faible. C'est la moderne autorité parentale implantée déjà parmi ces races dédaignées par les civilisés d'alors. Ce n'est plus la gauloise omnipotence du père. Courageuse, la ligurienne partage avec son mari de pénibles travaux, compagne de ses souffrances elle participe à son autorité (3). L'époux de son choix (4) la vénère. Polyae-

(1) Strabon, liv. III, ch. iv, § 18.

(2) M. E. Cordier, « L'organisation de la famille chez les Basques », *Rev. hist. de dr. fr. et étr.*, 1868, p. 332 et s. — « Le droit de famille aux Pyrénées », *Rev. hist. de dr. fr.*, p. 284 et s.

(3) Amédée Thierry, *Hist. des Gaulois*, liv. IV, ch. I, p. 435 et 436.

(4) Aristote, *apud Athaeneum*, XIII, 5 ; Just. XLIII, 3 ; Légende de la fondation de Marseille : « c'était par le choix d'un mari que la jeune Ligurienne entraînait dans l'exercice de sa liberté. Les prétendants réunis chez son père à un grand repas, attendaient impatients et

nus et Plutarque peignent son rôle considérable dans la vie publique. Annibal, au bord du Tet, doit obéir à des arbitres féminins (1). De tels faits laissent deviner une puissance maternelle indiscutée.

Quant aux Massaliotes imbus des lois grecques, aucun indice n'autorise à croire leur mépris attique des femmes. Strabon signale la nature ionienne de leur droit mais nulle part il n'y a trace de cette tyrannie cruelle des agnats, déshonneur de la Grèce. Sur les terres de Massalie la mère eut sans doute une moins misérable place au foyer domestique, plus de droits qu'en Athènes (2).

inquiets, qu'elle-même vint décider de leur sort. Vers la fin du repas elle paraissait tenant à la main un vase plein de quelque breuvage ; et l'homme à qui elle versait à boire était l'époux préféré : ce choix devenait pour les parents une loi irrévocable. » Amédée Thierry, p. 437.

(1) Polyænus, VII, 50 ; Plutarque, *de virt. mulier.*, 6. — Les femmes prenaient part aux délibérations sur la paix et sur la guerre, les différends survenus avec les peuples alliés leur étaient soumis.

(2) Ch. Giraud, *Essai sur l'hist. du dr. fr. au moyen âge*, liv. I, p. 8 ; Strabon, IV, 1, 5 ; Caillemer, « Le droit de succession à Athènes », dans *Rev. de législ. anc. et moderne*, 1874, p. 137 et s.

CHAPITRE II

CONDITION DE LA MÈRE EN GAULE ROMAINE.

Province romaine, la Gaule s'efface absorbée par l'influence victorieuse. Religion, mœurs, langue se transfigurent. Nos pères ne sont plus Gaulois. L'empire ne compte pas citoyens plus fidèles (1).

Désormais c'est le règne romain du droit. Chez les Celtes latinisés s'implante la vieille et rigide *patria potestas*. Mettre en lumière leur vie familiale sera, durant cinq siècles, relever les phases de cette mise en brèche par Rome de l'absolutisme paternel.

Pour mieux dégager l'empreinte des idées morales ou religieuses sur la condition faite à la mère, deux étapes divisent notre étude : l'une commence à César, l'autre à Constantin.

SECTION I. — De César à Constantin.

Edifice en ruines, soutenu par des lois impuissantes, la famille au temps des empereurs se désagrège. Les

(1) Sur la rapide romanisation des Gaules, consulter Fustel de Coulanges, *Institutions politiques de l'ancienne France*, 1^{re} partie, liv. I et II ; P. Viollet, *Hist. des instit. polit. et admin. de la France*, t. I, liv. II, ch. 1^{er}.

liens se desserrent qui réduisaient en servitude esclaves, femmes, enfants ; mais sous l'écorce des textes, le juriste discerne une réalité sombre. Le désordre moral partout brise les digues du droit.

Dans sa rudesse primitive (1) la *patria potestas* donne au *pater familias* seul tous pouvoirs. Sa femme étrangère à la famille, ou *filiae loco*, ne peut rien. C'est la *soror* des enfants dans la *conventio in manum* : entre eux et elle, à ce titre, droit réciproque de succession ; veuve, ils seront ses tuteurs. Au cas plus rare de mariage *sine manu*, enfants et mère appartiennent à familles différentes : entre eux et elle nul rapport juridique. Dans les deux hypothèses, chef absolu, le père peut louer, mettre en gage, donner, vendre ses fils ou filles. Libre de les flageller, emprisonner, mettre à mort, il les émancipe, donne en adoption, marie, brise leur mariage à son gré. Contre son arbitraire la *mater familias* est sans force.

A la tutelle du pupille *virile munus*, la mère veuve ne peut prétendre soumise elle-même à des tuteurs. Le magistrat lui confère la garde et l'éducation, mais aussi bien choisirait une autre *custos* hors du contrôle maternel.

Nulle alimentaire obligation ne s'impose à la mère et à l'enfant vis-à-vis l'un de l'autre.

Seule la femme *in manu* succède à ses fils. Hors la

(1) Consulter : Rivier, *Le droit de famille romain* ; Cuq, *Les Instit. jurid. des Romains, L'ancien droit*, t. I ; Girard, *Manuel élém. de dr. rom.* ; J.-E. Labbé, *Du mariage romain et de la manus, Nouv. rev. hist. de dr. franç.*, t. 11 ; Bilcesco, *De la condition légale de la mère en droit romain*, thèse Paris, 1890.

manus entre la mère et ses enfants pas de succession possible. De sa part, en leur faveur, ni libéralité directe ni testament valable.

Mais, frappante antithèse, ces formules oppressives des *Leges Regiae* vont trouver dans les mœurs un démenti formel : « Ce n'est plus l'esclave impuissante et opprimée, c'est la matrone, la mère de famille, vénérée des esclaves, des clients, des enfants, respectée de son mari, chérie de tous, maîtresse de la maison, et au dehors étendant son influence jusqu'au sein des assemblées populaires et du conseil du Sénat (1). »

Nuptiae sunt conjunctio maris et feminae, consortium omnis vitae : divini et humani juris communicatio (2). Sacramentelle union que symbolise ces paroles de l'épouse à l'époux : *Ubi tu Gaius, ibi ego Gaia*. Reine au foyer, *domina*, la compagne du *pater familias* partage sa puissance, offre aux dieux lares les sacrifices. Si nous en devons croire Cornelius Nepos, c'est la plus honorée : *aut cujus non mater primum locum tenet aedium* (3). Elle préside aux travaux intérieurs des esclaves, seconde son mari dans le gouvernement domestique, élève ses enfants : *Graemio ac sinu matris educabuntur, cujus praecipua laus erat tueri domum et inservire liberis* (4).

Veuve, elle aura la garde, ou tout au moins pourra dé-

(1) P. Gide, *Etude sur la condition privée de la femme*, p. 98.

(2) L. I. D., *De rit. nupt.*, XXIII, 2.

(3) Cornelius Nepos, *Praef.*

(4) Tacite, *de Orat.* 28.

noncer au magistrat l'indignité du *custos*. En fait, à la mort du *pater* la mère demeure auprès de son fils, veille sur ses petits-enfants.

Ainsi les *mores majorum* corrigent pour la mère les rigueurs du droit.

Mais au temps de César si les lois familiales restent rigides, les mœurs dégénérées commencent leur œuvre destructive. Le divorce vient saper l'indissoluble mariage. Du *libellum repudii* l'abus est manifeste. Alors la femme, épouse et mère avilie, gagne une indépendance progressive.

La *manus* tombe en désuétude puis disparaît.

Illusoire, la tutelle des femmes *sui juris* fait dire à Cicéron : « Les jurisconsultes ont imaginé des tuteurs soumis à la puissance des femmes (1). »

Grâce à cette menace du divorce qui soumettrait le mari à restitution de l'apport dotal, l'ironie de Plaute peut se donner libre cours : *Argentum adcepi, dote imperium vendidi. Nam quæ indotata est, ea in potestate est viri* (2).

Ce n'est pas assez des lois *Oppia*, *Voconia* pour réfréner le luxe effréné des romaines.

Il devient nécessaire de réprimer les abus possibles d'une *patria potestas* que ne tempère plus la vieille austerité. L'Etat va reconnaître à la mère des droits et surtout des devoirs. Déjà la *bonorum possessio* prétorienne

(1) Cicéron, *Pro Murena*, c. 12.

(2) Plaute, *Asin.* I, sc. 1, v. 74, *Aulul.* III, sc. 5.60.

unde cognati consacre, à défaut d'agnats et de *sui*, le droit successoral maternel (1).

Telle est à Rome, au dernier siècle de l'ère républicaine, la condition faite à la mère.

Dans la Gaule romaine le droit impérial étendra son empire. Suivre en ses multiples détails depuis Auguste le rôle de la mère au foyer gallo-romain, c'est voir évoluer l'œuvre législative des empereurs.

La famille minée dans ses assises se lézarde de plus en plus. L'universelle dépravation renverse les obstacles légaux.

...*Quid leges sine moribus*

Vanae proficiunt (2).

Le divorce est le fruit du mariage. Triste est l'aveu de Sénèque : *Numquid jam ulla repudio erubescit, postquam illustres quaedam et nobiles feminae non consulum numero, sed maritorum omnes suos computant: exeunt matrimonii causa nubent repudii* (3). Rares sont les urnes funéraires où se lit gravée l'épithaphe : *Conjugi piae, inclitae, univirae*. Effrayé de la stérilité des unions conjugales et d'un célibat trop répandu, non sans de vives résistances, Auguste promulgue les lois *Julia de maritandis ordinibus* et *Papia Poppaea*, célèbres sous le nom de Caducaires.

(1) *Institutes*, § 5, liv. III, 3.

(2) Horace, *Odes*, III, 24, v. 35 et 36.

(3) Sénèque, *De benef.*, III, 16. — Voir aussi Juvénal, *Sat.* VI, v. 229.

§ 1^{er}. — Avantages conférés à la femme devenue mère.

Ces lois fameuses (1), primes à la maternité, confèrent à la mère des droits. Sans entrer dans les controverses délicates soulevées à leur égard, voici la rapide esquisse des textes relatifs à notre sujet.

Outre le privilège de se parer de pierreries, le *jus liberorum* des *leges novae* accorde aux femmes mariées devenues mères : exemption de tutelle, capacité de recueillir hérités testamentaires et legs, disponible plus fort entre époux, dans la succession des affranchis certains avantages.

1° L'ingénue mère de trois enfants, l'affranchie mère de quatre enfants ne sont plus soumises à la tutelle perpétuelle. Mince faveur, légère entrave brisée.

2° La *lex Voconia* défendait en l'an 586 d'instituer une femme héritière au testateur riche de plus de cent mille as. Un fils n'aurait pu même instituer sa mère. Les *leges caducariae* privent du *jus capiendi* les *caelibes* (célibataires) (2), le réduisent à moitié pour les orbes (mariés sans enfants) (3), mais laissent *solidi capaces* les *patres* (hommes mariés pères au moins d'un enfant) (4). Comme

(1) La première en date fut la loi Julia, *de maritandis ordinibus* de l'an 757, la loi Pappia Poppaea vint la compléter en 762. — Cf. Bilsco, thèse déjà citée.

(2) Gaius, II, § 111.

(3) G., II, § 286.

(4) Ulp., Reg. XIV et XVI, § 1, *Fr. Vat.*, § 216 et 219.

le *pater* la mère d'un seul enfant, tout le porte à croire, à la *solidi capacitas*. Mais, serait-elle soumise au *jus liberorum*, capable de recueillir hérités testamentaires et legs, la femme qui possède le *jus capiendi*, n'est plus atteinte par la loi *Voconia*.

3° Le nombre des enfants augmente entre époux la quotité disponible.

4° A l'affranchi mort *intestat*, sans héritiers siens, succède, d'après les Douze Tables, le patron ou ses descendants *per masculos* même exhérédés. La patronne a ce droit, non pas ses descendants : eux n'auraient pu remplir les prescriptions légales, s'être trouvés sous la puissance du *manumissor* avec le *de cujus*, supposé ce dernier à sa mort encore esclave (1).

Plus tard, œuvre prétorienne, l'affranchi n'a plus liberté de dépouiller le patron que peuvent écarter les seuls descendants appelés au cas d'omission à la *bonorum possessio contra tabulas*. Ces derniers exhérédés, ou à leur défaut, moitié des biens forment réserve pour le patron, exclu, si l'affranchi meurt *intestat*, par les seuls descendants privilégiés de la *bonorum possessio unde liberi* : mais fils ou filles adoptives, femme *in manu* lui doivent laisser moitié de leur part.

Succession d'une affranchie, droits de la patronne ou des descendants *per feminas* du patron restent soumis au vieux régime. C'est à la loi *Papia* de rénover.

(1) *Inst. pr., De success. libert.*, III, 7, et *Gaius*, III, § 40 ; *Gaius*, III, § 49.

Avec la *lex nova* plusieurs hypothèses seront à démêler.

α. *Manumissor et manumissus hommes* (1). — Maintien de l'ancien droit si l'affranchi possédait fortune inférieure à 100.000 sesterces, ou, dans le cas contraire, eut trois enfants. Sinon succèdent le *manumissor* et ses descendants *per masculos*. De plus les filles du patron, mères de trois enfants, sont désormais appelées à la *bonorum possessio dimidiaie partis ab intestat* ou *contra tabulas*, il en va de même pour tous descendants *per feminas*.

β. *Manumissio d'une femme par un homme* (2). — Si la *de cujus* n'avait pas quatre enfants, les filles du *manumissor*, bénéficiaires du *jus liberorum*, et leur descendance recueillent une part virile. Sinon leurs droits sont controversés.

γ. *Manumissor et manumissus femmes* (3). — Si l'affranchie laisse testament : *bonorum possessio dimidiaie partis* à la patronne mère de trois enfants.

δ. *Manumissor femme, manumissus homme* (4). — A la patronne ingénue, mère de deux enfants, à la *manumissor* affranchie trois fois mère : *bonorum possessio dimidiaie partis*. Si le *manumissus* laisse au plus deux enfants et fortune supérieure à cent mille sesterces : part virile à la patronne ingénue trois fois mère.

Vains remèdes, ces lois caducaires poussent aux pires

(1) Ulp., *Reg.*, XXIX, 5.

(2) Gai., III, 44 et 47.

(3) Gai., III, 51 et 52.

(4) Ulp., *Reg.*, XXIX, 6 et 7 ; Gai., III, 50.

excès. Ce barrage à l'immoralité fait déborder le flot corrompu. S'appuyer sur l'obstacle et s'élancer plus loin vers la débauche sera durant cette période impériale l'apanage néfaste des mœurs romaines. L'on court au mariage pour avoir des héritages, non pas des héritiers.

Plus tard et dans le même esprit les empereurs, sans plus réussir accorderont nouvelles prérogatives à la maternité. C'est l'autorisation possible aux mères en deuil d'adopter, c'est surtout le sénatus-consulte Tertullien dont nous aborderons bientôt les remarquables articles.

§ 2. — Droits et devoirs maternels quant à la personne.

Si, serrant de plus près notre étude, nous regardons à l'intérieur du foyer la *mater familias* : ce n'est plus la matrone vénérée. Sur le fronton du droit familial les lois doivent inscrire ce précepte pas assez gravé dans les cœurs de la *reverentia*. *Pietatem liberi parentibus debent* (1). *Inter matrem et filium pietatis ratio salva esse debet*.

Relevons en premier lieu les rapports entre la mère et ses enfants que ne pourront jamais éteindre ni brisure du mariage ni rupture des attaches légales.

Personne ne peut appeler sa mère en justice sans préalable autorisation du magistrat (2). Seront irrecevables les actions infamantes (3), de dol, d'injures ou de *servi*

(1) D. XXXVII, 15, L. 10 ; L. 1, § 1.

(2) D. II, 4 L., 4, § 1 et L. 13.

(3) L. 3, § 1, Ulp. D. *de obseq. parent.*, XXXVII, 15.

corrupti (1). De plus : *nec exceptiones doli patiuntur vel vis meliusve causa : vel interdictum unde vi vel quod vi patiuntur* (2). Pour déférer à son fils le serment, la mère n'aura pas à prêter celui de *calumnia* (3). Perd-elle sa cause, toujours la protège le bénéfice de compétence (4).

Serait à signaler ici la créance alimentaire de la *mater* sur ses enfants, nous préférons en renvoyer l'analyse et bloquer en un seul tout la revue des droits maternels sur les biens.

Durante matrimonio, c'est la même annihilation juridique consacrée par les vieilles lois. Jamais la mère ne partagera l'autorité paternelle, au Bas Empire même c'est encore l'édifice prêt à crouler mais debout des Douze Tables. Le *pater* déjà dépouillé par l'Etat de gros attributs reste maître chez lui sous la surveillance des lois. Mais son pouvoir a perdu moralement de sa force absolue.

La *conventio in manum* a fait son temps, le joug marital ne pèse plus aussi lourd sur l'*uxor*. La femme autrefois protégée par les mœurs a déchu dans l'estime publique, mais ses droits reconnus de plus en plus lui redonnent ses prérogatives de jadis. Elle a deux armes dont elle sait trop user dans le mariage : sa dot et le divorce. Le mari dont Plaute dévoile la sujétion cupide devra sans

(1) L. 2, pr. Jul., *ibid.*, L. 6, Paul, *ibid.*

(2) L. 7, § 2, Ulp., *ibid.*

(3) L., 7, § 3, D. XXXVII, 15.

(4) L., 7, § 1, *ibid.* et L., 16, *in fine*, D. *de re jud.*, XLII, § 1.

doute partager cette *patria potestas* dont hélas l'auréole sacrée tombe, comme aussi tombe partout le vieux culte oublié des ancêtres.

Et ne sanctionne-t-il pas déjà la main-mise efficace de la *mater* sur le pouvoir domestique, cet ordre d'Antonin le Pieux qui retire à l'arbitraire abusif d'un père son enfant en puissance pour en confier la garde exclusive à la mère : *Obtinet mater ob nequitiam patris, ut, sine diminutione patriae potestatis, apud eam filius moretur* (1). En des rescrits rendus *ex justissima causa* Marc Aurèle et Sévère le jugent à nouveau (2). Le *pater familias* aura beau prouver sa *potestas* sur l'enfant, ses interdits *de liberis exhibendis et ducendis* seront rejetés.

Sans ériger en principe général ces décisions d'espèce, nouveaux remèdes contre des excès trop fréquents, l'on y peut voir poindre et s'affirmer le droit, mais surtout le devoir maternel de contrôle et de garde. Idée juste qu'en ses lois Dioclétien proclamera pour le triste cas de divorce (3).

Le mariage est-il brisé par le divorce, les prérogatives du *pater familias* vont subir des pertes sensibles.

L'enfant né dans les dix mois après le divorce, supposé conçu *durante matrimonio*, serait par suite reconnu légitime : *pater his est quem nuptiae demonstrant* (4). Mais

(1) L. 3, § 5, Ulp., *de lib. exhib.*, XLIII, 3.

(2) L. 1, § 3, Ulp., *D. de lib. exhib.*, XLIII, 30.

(3) Cf. Ch. Lefebvre, *Introd. à l'hist. du dr. matrim. fr.*, 10^e cours.

(4) L. 5, Paul, *D. de in jus voc.*, II, 4.

est possible une supposition de part ; la divorcée pour s'assurer les avantages du *jus liberorum* ou vivre encore du luxe perdu par son inconduite se prévaut d'une maternité d'emprunt. Le danger est si grand qu'un sénatus-consulte Plancien prescrit à la femme divorcée de dénoncer sa grossesse au mari dans les trente jours (1). Tout un ensemble de mesures préventives sera pris. Si la mère néglige la déclaration prescrite ou se dérobe à la surveillance des *custodes* commis par le mari, celui-ci pourra désavouer l'enfant. Libre à ce dernier de recourir plus tard au *praejudicium de partu agnoscendo* pour établir sa filiation contestée.

Marc-Aurèle et Lucius Verus, pour prévenir les suppressions de part, permettent au mari divorcé de faire surveiller l'accouchement (2).

Mais rien n'est fait pour empêcher une *turbatio sanguinis*, le droit chrétien seul étendra le délai prohibitif de remariage au divorce.

Qui gardera l'enfant né depuis ou avant divorce ?

Au cas de séparation *communi consensu* (3), le magistrat désigne à l'impubère un gardien : ce n'est pas toujours le *pater* malgré sa *potestas* qui prendra soin de l'enfant.

Quant au *repudium*, les rescrits d'Antonin le Pieux,

(1) L. 1, Ulp., D. *de agnosc et alend. lib.*, XXV, 3.

(2) Ulp., L. 1, D. XXV, 4.

(3) Van Wetter, *Le Dr. rom. et le dr. germ. dans la monarchie française, la famille.*

Marc Aurèle, Septime-Sévère, s'ils ne reconnaissent pas à la mère droit de revendiquer la garde contre son mari qui s'en trouve encore investi, lui maintiennent le pouvoir de gardienne dont elle se pouvait prévaloir avant divorce à l'encontre d'un père indigne. Dans ce cas le préteur rejettera les interdits *de liberis exhibendis* et *de liberis ducendis* opposés par le *pater*, rendra contre lui l'interdit *vim fieri veto*. Si ce dernier *adjecta causa* réclame ses enfants, par exception *cognita causa*, la mère paralysera son action (1) : *Si vero mater sit, quae retinet apud quam interdum magis, quam apud patrem, morari filium debere, ex justissima scilicet causa et divus Pius decrevit, et a Marco et Severo rescriptum est; aeque subveniendum ei erit exceptionem* (2).

Malgré tout le père conserve sa *potestas*. *Etiam si maxime autem probet filium pater in sua potestate, cognita causa; mater si retinendo eo potior erit idque decretis divi Pii quibusdam continetur; obtinuit enim mater ob nequitiam patris, ut sine diminutione patriae potestatis apud eam filius moretur* (3).

Mais n'aura-t-il pas sur sa femme gardienne faculté de contrôle *matrimonio separato* ? A la surveillance paternelle la mère échappera.

Dioclétien et Maximin, par mesure législative, proclameront l'arbitraire souverain du juge : *Licet neque nostra*

(1) L. 1, § 2, Ulp., D. *de rei vindic.*, VI, 1.

(2) L. 1, § 3, Ulp., D. *de lib. exhib.*, XLIII, 30.

(3) L. 3, § 3, Ulp., *ibid.*

neque divorum parentum nostrorum ulla constitutione caveatur, ut per sexum liberorum inter parentes divisio celebretur : competius tamen judex estimabit utrum apud patrem an apud matrem matrimonio separato filii morari ac nutriri debeant (1).

Devenue veuve la mère semblerait gagner en puissance, mais à son exclusive direction les enfants ne seront pas soumis.

Deux hypothèses sont à prévoir : fils ou filles posthumes et fils ou filles déjà nés à la mort du *pater*.

Enfants posthumes. — A des époques déterminées la mère doit dénoncer par trois fois au père du mari sa grossesse (2). Celui-ci la peut soumettre à certaine surveillance. Après nomination d'un *curator ad ventrem* elle se fera délivrer au besoin *bonorum possessio* valable au nom de son enfant conçu (3).

Enfants déjà nés. — Sont-ils *alieni juris*, sous la *potestas* de l'aïeul paternel *pater familias*, leur mère n'exerce aucune autorité légale. Mais si la mort de leur père les a laissés *sui juris* impubères, nous les voyons comme le seront aussi les posthumes sous la garde maternelle. Leurs tuteurs choisis parmi les proches agnats excluent la veuve pour la gestion des biens.

Dans la rigueur du mariage *sine manu*, tutelle et garde étaient même jadis aux mains des seuls agnats. Mais dé-

(1) Const. 1, C. *Divort. facto*, V, 24.

(2) L. 1, Ulp., D. *Unde cogn.*, XXXIII, 8.

(3) L. 1, § 3, D. XXV, 6.

sormais contre la rudesse antique des lois, l'égoïsme abusif des parents civils poussait à réagir.

Déjà le testament paternel (1) porte remède aux vices du *jus civile*, donne à la mère de plus en plus la garde. A défaut de volonté formellement exprimée par le père persiste le vieux régime. La garde des pupilles soulève entre mère et tuteurs difficultés fréquentes. Alexandre Sévère, au III^e siècle, consacre enfin la préférence maternelle : *nulli magis quam matri eorum comittenda est* (2). La veuve non remariée primera tout le monde quant à l'éducation de ses enfants. Si des conflits se produisent occasionnés par agnats ou tuteurs, c'est au Président de la Province à les trancher (3). Il confiera l'enfant à qui présentera meilleures garanties.

Malgré la désuétude manifeste de la tutelle sur les femmes *sui juris*, toujours les agnats gardent leur privilège de tuteurs légitimes. La mère du pupille ne peut exercer un *virile munus*. Modestin nous dit même : *Scire oportet magistratus quod curatrices minoribus mulieres non creabunt* (4). Papinien proclame inefficace en cette matière le testament paternel : *Jure nostro tutela communium liberorum matri testamento patris frustra mandatur : nec, si provinciae praeses imperitia lapsus patris voluntatem sequendam decreverit, successor ejus senten-*

(1) Cf. Ch. Lefebvre, *Leg. d'introd.*, 10^e cours.

(2) L. 1, § 1, D. XXVII, 2.

(3) Const. 1 c, *Ubi pup. educ.*, V, 49.

(4) L. 21, pr. D. de tut. et curat. dat., XXXVI, 5.

tiam, quam leges notrae non admittunt, recte sequatur (1).

Toutefois une évolution favorable à la mère va bientôt germer, les textes sont moins absolus. Aux intangibles formules succèdent ces formules tempérées : *Tutela plerumque virile officium est. — Feminae tutores dari non possunt : quia id munus masculorum est, nisi a principe filiorum tutelam specialiter postulant* (2).

Si telle fut la volonté dernière du *pater*, la mère pourra toujours, d'après Papinien, s'immiscer en fait dans la gestion des biens. Mais *jus actoris litium causa constituendi non habebit* (3), agir en justice au nom de ses enfants, aliéner leurs biens, donner valable décharge à leurs débiteurs lui sera défendu. Les tiers de bonne foi payeurs entre ses mains seront libérés, c'est l'avis de Scaevola.

Privée de la tutelle, la *mater*, par désignation testamentaire, pourra nommer un tuteur aux enfants. Neratius (4) enjoint les magistrats à confirmer le choix maternel. En tout cas elle doit sauvegarder les intérêts du pupille, surveiller le tuteur en son administration. Sous peine de se voir enlever les droits que lui reconnaît le sénatus-consulte Tertullien, la veuve doit faire nommer à ses enfants, non soumis à tutelle légitime ou testamentaire, un tuteur. Même devoir si le tuteur en fonctions s'est fait excuser ou se trouve destitué. Ainsi décide l'un des Sévère, Sep-

(1) L. 26, pr. D. *de test. tut.*, XXVI, 2.

(2) L. 48, Neratius, D. *de tut.*, XXVI, 4.

(3) L. 31, 6, D. *de neg. gest.*, III, 3.

(4) L. 2, D. XXVI, 3.

time sans doute : *quae autem de matre dicta sunt, ostenduntur in epistola divi Severi, cujus verba subjecta sunt :*

Divus Severus Cuspio Rufino. Omnem me rationem adhibere subveniendis pupillis, cum ad curam publicam pertinent, liquere omnibus volo : et ideo quae mater vel non petierit tutores idoneos filiis suis, vel prioribus excusatis, rejectisve, non confestim aliorum nomine dederit, jus non habent vindicandorum sibi bonorum intestorum filiorum (1).

A moins d'obstacles graves indépendants de sa volonté la mère doit agir sans délai, mais sa déchéance est fatale après un an d'inaction. Ses droits successoraux sont conservés si l'enfant meurt dans l'année : *Si enim mortalitate filii praevenia est nihil matri imputatur* (2). Mineure de vingt-cinq ans elle n'éprouve pas la rigueur du sénatus-consulte.

Ses droits de cognate seront toujours sauvegardés.

Pour échapper à la menace des lois la mère se borne à requérir auprès du magistrat nomination de tuteur. Elle devait combattre au besoin les excuses proposées par le tuteur en exercice, faire casser la décharge obtenue par lui sans fondement. Surveillant la tutelle, l'action du *crimen suscepti tutoris* sera son arme exceptionnelle à l'encontre même du tuteur légitime (3).

(1) L. 2, § 2, D. XXVI, 6, *Addé* L. 2, § 23, D. *Ad s. c. Tert.* Code, L. 2, II, 35.

(2) Const. 2, C. II, 35.

(3) *Inst.*, § 3, I, 26. Cf. L. 1, § 6 et 7. D. XXV, 3.

§ 3. — Droits et devoirs maternels quant aux biens.

Après avoir ainsi déterminé les rapports juridiques entre la mère et ses enfants sur le terrain surtout des intérêts moraux, nous appuierons sur les droits et devoirs maternels quant aux biens.

C'est ici l'expression concrète, l'image dévoilée des plus sublimes, des plus basses réalités morales. Dans les rapports pécuniaires se séparent ou cimentent les pierres maîtresses de l'édifice familial. Le législateur romain pour relever ou soutenir bien des murs croulants sous la poussée continue du désordre universel consacre par lois écrites ce que la loi naturelle consacrait dans les *mo-res majorum*. Obligations alimentaires, établissement des enfants, droits successoraux reçoivent de l'Etat règles fortement assises sur des sanctions légales.

Comme le père et les ascendants paternels, la mère et les ascendants maternels devront subvenir à l'entretien de l'enfant. Mais ce devoir ne leur est imposé qu'à défaut du *pater* et des aïeux mâles dans sa ligne : *Non quemadmodum masculorum liberorum nostrorum liberi ad onus nostrum pertinet, ita et in feminis est ; nam manifestum est, id quod filia parit, non avo, sed patri suo esse oneri ; nisi pater aut non sit superstes, aut egens est* (1). Le père est si bien principal débiteur, que lui mort, sa femme encore enceinte, malgré ses ressources personnelles, re-

(1) L. 8, Marcellus, D. XXV, 3.

cevra du *curator ventris* des aliments censés fournis à l'enfant conçu : *Curator ventris alimenta mulieri statuere debet, nec ad rem pertinet, an dotem habeat unde, sustentare se possit; quia videntur quae ita praestantur, ipsi praestari cui in utero est* (1).

Cette subsidiarité de l'obligation maternelle se justifie. Par sa dot la mère déjà participe aux besoins des enfants : *Dos autem matrimonio cohaerens oneribus ejus ac liberis communibus confertur*. L'obliger une seconde fois à solder les frais d'éducation serait au profit du père alourdir sa charge. Certes après divorce, par l'*actio rei uxoriae*, la femme reprendra sa dot, mais diminuée des *retentiones propter liberos* (2).

De même à titre exceptionnel la mère devra doter sa fille : *Mater pro filia dotem dare non cogitur, nisi ex magna et probabili vel lege specialiter expressa* (3). Mais les derniers mots ajoutés à ce texte par Justinien *vel lege specialiter expressa* doivent par nous être effacés. Sous la période classique, nulle loi spécifie telle ou telle hypothèse particulière imposant le devoir rigoureux d'une dot à constituer sur les fortunes réunies des père et mère.

Par contre le respect filial protégé par le droit commande aux enfants de secourir la détresse de leur mère : *Pietas enim parentibus, etsi inaequalis est eorum potestas*

(1) L. 5, D. XXXVII, 9.

(2) L. 16, D. *de castrensi peculio*, LIX, 17.

(3) C. L. 14, *de jure dotium*, V, 12.

aeque debebitur (1). D'après Ulpien le tuteur, parmi les dépenses légitimes, peut faire figurer dans son compte les secours par lui fournis à la mère du pupille. Il doit pour cela prouver l'indigence maternelle, la fortune alors insuffisante du pupille. Les *alieni juris* eux-mêmes sur leur pécule devront donner.

§ 4. — Système successoral entre la mère et les enfants.

Enfin passons aux droits réciproques de succession entre la mère et ses enfants.

Le temps n'est plus où la mère demeurait au foyer familial hébergée par ses fils en son veuvage. Les liens sacrés et naturels se dénouent qui réunissaient sous une même *domus* les membres désormais dispersés d'une même famille. L'ingratitude trop multipliée des enfants, de scandaleux exemples appellent la nécessaire intervention des lois. Durant le mariage, à la merci d'un *libellum repudii*, la mère se voit aussi dépouillée d'une jouissance de fait sur les biens laissés au seul *pater familias* par ses fils ou filles décédés.

A cette flagrante inhumanité porte remède, en l'an 158 après Jésus-Christ, le sénatus-consulte Tertullien sous l'empereur Antonin le Pieux.

Intestati filii hereditas ad matrem ex lege duodecim tabularum non pertinet, sed si jus liberorum habeat, inge-

(1) L. 4, D. *de curatoribus furioso*, XXVII, 40 ; L. 5, § 2, D. *de agn. et al. lib.*, XXV, 3.

nua trium libertina quatuor, legitima heres fit ea senatu consulto Tertulliano : si tamen ei filio neque suus heres sit, quive inter suos heredes ad bonorum possessionem a praelore vocatur, neque pater ad quem lege hereditas bonorum possessio cum re pertinet, neque frater consanguineus. Quod si soror consanguinea sit, ad utrasque pertinere jubetur hereditas (1). Ainsi s'exprime en ses *Regulae* le jurisconsulte Ulpien. Célèbre dans l'histoire technique du droit successoral, ce sénatus-consulte porte une blessure mortelle au vieux système des successions civiles, proclame héritière des enfants la mère. Nouveau remède contre les stériles mariages, c'est aux femmes ayant le *jus liberorum* qu'il reconnaît si grande prérogatives.

Autrefois *jure praelorio*, comme cognate la mère était primée par tous parents civils : à l'avenir les seuls *liberi*, *pater*, *frater consanguineus* lui seront préférés, en concours avec la *soror consanguinem* elle succède, avant tous autres agnats, à son enfant ingénu, mort *sui juris*.

I. — Le défunt laisse-t-il des descendants *sui heredes*, la mère est sans droits, à leur défaut le titre d'héritière *ab intestat* lui donne rang utile. S'il n'y a pas d'agnats, les enfants adoptifs devront concourir avec elle. Les fils ou filles légitimes émancipés l'écartent toujours.

S'agit-il pour la mère de succéder à sa fille, alors elle prime les descendants.

(1) Ulp. *Reg.*, XXVI-8 ; L. 2, § 6, Ulp. D. *ad s. c. Tert.* 38, 17 ; L. 5 pr.

II. — Si l'enfant laisse après lui sa mère avec un ascendant paternel : ce dernier, selon sa qualité, succède ou non. Est-ce le père : la mère est exclue. Mais le père adoptif passe après elle, mais en présence d'agnats elle prime même le père émancipé ou donné par l'aïeul en adoption.

Tous autres ascendants paternels viennent après la mère, sauf au cas où cette dernière a devant elle le père et l'aïeul émancipateur du *de cujus*.

III. — L'enfant laisse avec sa mère des agnats collatéraux : celle-ci se trouve écartée par les frères, concourt pour moitié des biens avec les sœurs consanguines, prime tous autres agnats.

Sur répudiation des héritiers plus proches la mère passe au premier rang.

Plus tard, en l'an 178, sous Marc Aurèle et Commode, le sénatus-consulte Orfitien complète en faveur des enfants l'œuvre inachevée par le sénatus-consulte Tertullien (1).

Désormais avant tous agnats les enfants succèdent à leur mère qu'ils soient *sui juris* ou non, filles ou fils, légitimes ou naturels, voire même *vulgo concepti* ; que leur mère soit ingénue ou affranchie : peu importe. Le *jus liberorum* n'est pas nécessaire, seul est exigé d'eux le droit de cité romaine.

Les enfants excluent les héritiers appelés par l'ancien droit civil, tous les agnats maternels. Ils sont préférés

(1) Inst. 3, 4, *De senatus consulto Orfitiano*.

aux frères et sœurs consanguins et priment le père émancipateur comme d'ailleurs le patron.

Mais aux seuls descendants du premier degré de tels droits sont accordés.

Certes, ce régime successoral, fameux triomphe des liens du sang sur les liens agnatiques, trouve dans le droit testamentaire force expansive possible. Mais sous les empereurs païens ce secours reste impuissant à pousser l'œuvre progressive des constructions légales. Ce n'est pas ici l'usage qui stimulera des progrès à consacrer en des lois réformées. Bien au contraire, l'Etat renouvelle ses lois pour enrayer la marche dangereuse d'usages abâtardis.

Toutefois notre étude serait incomplète sans une revue rapide des testaments où se peuvent consigner les volontés suprêmes d'une mère pour ses enfants, d'un enfant pour sa mère.

Autrefois les femmes ne pouvaient tester ou devaient recourir à l'*auctoritas tutoris*. En fait une mère ne pouvait, sans le secours de ses propres héritiers présomptifs, représentés par son tuteur, instituer ses fils ou filles. Mais depuis la tutelle très factice des femmes, depuis surtout l'exonération totale pour les privilégiées du *jus liberorum*, la mère peut donner ou léguer à ses enfants. Les entraves passées ne viennent plus arrêter les dispositions maternelles. Ce n'est pas le mari *durante matrimonio* qui mettra l'interdit sur des avantages dont le profit lui peut revenir comme légitime héritier des bé-

néficiaires. Après divorce ou restée veuve, la matrone nommera même à ses enfants institués tuteur ou curateur, sauf confirmation prétorienne. Sa voix d'outre-tombe sera non moins obéie pour la gouverne des pupilles que pour leurs intérêts matériels. Si les *heredes sui* gardent sauves leurs légitimes, le disponible demeure acquis aux enfants. Ces derniers depuis le sénatus-consulte Orfitien, intenteront avec succès la *quaerela inofficiosi testamenti* contre le testament où la mère, sans exhérédation formulée, lèse leurs droits successoraux. Pour punir une filiale ingratitude, c'était jadis bien assez du silence maternel : *Mater vel avus maternus necesse non habent liberos suos aut heredes instituere, aut exheredare, sed possunt eos omittere. Nam silentium matris... tantum fecit quantum exheredatio patris* (1). Légitimaires d'après le sénatus-consulte, c'est à la formelle exhérédation de les dépouiller.

A l'inverse les enfants peuvent tester en faveur de leur mère. Même les *alieni juris* lui laisseront propriété valable du *peculium castrense*. Quant aux prohibitions de la *lex Voconia*, leur empire ne s'étend pas sur les hérédités inférieures à cent mille sesterces. D'ailleurs elles sont de nul effet quant aux femmes privilégiées du *jus liberorum*. Avec la consécration des liens du sang par le sénatus-consulte Tertullien la *quaerela inofficiosi testamenti* protégera contre un enfant indigne et sans autre héritier préférable la légitime d'une mère.

(1) J. *Inst.*, § 7, II, 13.

Après avoir ainsi, durant les siècles derniers du paganisme, relevé la manifestation légale des attributs et devoirs maternels, nous voyons toujours debout la très vieille *patria potestas*. Aux mains du seul *pater familias* se concentrent les prérogatives entamées d'une puissance absolue dans son principe. Jamais notre autorité parentale moderne ne sera pleinement consacrée par les institutions romaines ; jamais *jure potestatis*, la mère n'y pourra comme le *pater familias* acquérir par ses enfants, les compter comme *heredes sui*, jouir de leurs biens paternels, imposer son consentement à leur mariage, intervenir dans leur divorce, adopter d'autres enfants. Survivante au père, elle se trouvera toujours en présence de fils ou filles *sui juris*. Mais à d'autres titres nous avons vu déjà s'affirmer ses droits avec une force grandissante.

Si les efforts d'un philosophisme écœuré, si les édits prétoriens et sénatus-consultes impériaux se sont buttés sans l'abattre contre l'absolutisme paternel, ils l'ont cependant fort ébranlé. C'est que des mœurs dégénérées ne tempèrent plus les sévères principes du droit ; des lois plus humaines doivent secourir les victimes de cette décadence morale où Rome succombe. Les maîtres de l'empire savent que rebâtir l'édifice ruiné de la famille sera maîtriser l'universelle dépravation, tous leurs efforts tendent à balancer le despotisme du père par l'influence de la *mater familias*, à cimenter la mutuelle autorité des parents. Au Bas-Empire surtout, sous le règne des em-

pereurs chrétiens, leurs deux puissances inégales, par des mouvements contraires, vont tendre vers le même niveau.

SECTION II. — De Constantin aux invasions barbares.

Comme nécessaire prélude à cette période nouvelle où triomphe sur le trône des Césars, après trois siècles de sanglantes persécutions, le christianisme respecté, nous devons en pleine lumière dégager la doctrine morale dont les principes consacrés dans les codes impériaux bouleversèrent les principes égoïstes des lois familiales.

§ 1. — Idéal chrétien de la famille.

Avec une impartialité de juriste, notre devoir est de reconnaître l'empreinte profonde des évangéliques maximes sur la reconnaissance légale des privilèges et devoirs maternels.

Lacordaire a pu dire : « L'Évangile est comme les *Pandectes* de Justinien un livre de droit, mais un livre de droit d'une si singulière nature, que personne n'a l'espérance de le surpasser... » Ses règles idéales, commentées par les premiers apôtres, sont venues prendre corps dans les actes législatifs des empereurs romains. Si des vestiges nombreux des coutumes païennes persistent, si l'Eglise n'a pu venir à bout de cette société semi-chrétienne du Bas Empire, son action sur une élite intellectuelle et

maîtresse n'a pas été sans amener le progrès des lois dans une voie plus large et plus douce pour l'humanité.

« Autres sont les lois des Césars, autres celles du Christ; autres les enseignements de Papinien, autres ceux de notre Paul (1) », s'écrie saint Jérôme indigné des désordres soufferts encore par l'Etat. Certes la famille n'a pas reçu des bases juridiques bien ancrées sur de religieux principes, mais combien meilleure est devenue la condition faite à la mère depuis le jour où Constantin promulgua son fameux édit de Milan.

C'est que les textes saints proclament libres sous le regard de Dieu tous les opprimés, les chaînes se brisent que les hommes ont forgées pour réduire les faibles en servitude. Longtemps le maître restera sourd et rivera sans pitié les liens de l'esclave, longtemps le despotisme paternel et conjugal pèsera sur la femme et l'enfant, mais les échos répercutés des accents de délivrance viendront de siècle en siècle ébranler les fondements barbares des lois oppressives.

La voix de l'ouvrier Galiléen fait entendre à la face du monde ces paroles divines : « *L'homme quittera son père et sa mère, et s'attachera à sa femme, et ils seront deux dans une seule chair. Ainsi ils ne sont plus deux, mais une seule chair. Ce que Dieu donc a uni, que l'homme ne le sépare point* (2). » Puis l'apôtre saint Paul : « *Maris, aimez vos femmes comme le Christ a aimé l'Eglise et s'est livré*

(1) Saint Jérôme, *Lettre à Oceanus. Eloge de Fabiola*.

(2) Evangile sel. St Mathieu, ch. xix, v. 5 et 6.

lui-même pour elle (1). » Et le chef des disciples : « *Vous aussi maris, vivez sagement avec vos femmes, les honorant comme un vase plus faible, et comme cohéritières de la grâce de vie* (2). »

Jamais plus sublime et féconde doctrine ne parut chez les plus grands des philosophes, jamais législateur ne formula règles plus admirables sur l'union des époux. L'autorité maritale des mœurs antiques fondée sur le mépris des femmes se va transfigurer sous le souffle révolutionnaire des apostoliques prédications. Egale de l'homme, sa compagne non pas son esclave, la femme tenue des mêmes devoirs, sera dans le mariage indissoluble épouse et mère admise aux mêmes droits. Librement soumise au mari, l'obéissance qu'elle lui rend n'est pas sans dignité ni sans honneur, car *l'homme est le chef de la femme comme le Christ est le chef de l'Eglise. Mais comme l'Eglise est soumise au Christ, ainsi le soient en toutes choses les femmes à leurs maris* (3). Aussi père et mère sur leurs enfants auront semblables prérogatives : « *Enfants, obéissez en tout à vos parents, car cela plaît au Seigneur* » (4), dit l'épître aux Colossiens ; « et pour mieux exprimer le contraste entre la loi ancienne et la loi nouvelle, saint Paul, qui ne manque jamais de joindre le nom de la mère à celui du père quand il consacre les

(1) St Paul, Ep. aux Ephésiens, ch. v, v. 25.

(2) St Pierre, 1^{re} épître, ch, III, v. 7.

(3) St Paul, *Ad Ephes.*, VI, 4.

(4) St Paul, Coloss., ch. III, 20. — Cf. P. Gide, *Etude sur la condition privée de la femme*.

droits de la puissance paternelle, s'adresse toujours au père, et au père seul quand il en réproouve les excès » : « *Et vous pères, ne provoquez point vos enfants à la colère, mais élevez-les dans la discipline et la correction du Seigneur* (1) ». L'intérêt paternel devra s'effacer : « *Les enfants ne doivent point thésauriser pour les pères, mais les pères pour les enfants* (2). »

Ces semences jetées à travers l'empire par une poignée de juifs méprisables pousseront leurs racines aux profondeurs défrichées d'un paganisme stérile. Parmi l'ivraie mauvaise qui rendait inféconds les nobles efforts des philosophes stoïques, des magistrats romains impuissants à renouveler la sève figée d'une société corrompue, le soc généreux des faibles apôtres renverse et tue sur son passage le parasite corrupteur. En des âmes préparées germe le grain de l'Evangile, l'arbre de la foi chrétienne, émondé par la serpe persécutrice multiplie ses vigoureux rameaux, c'est bientôt le chêne séculaire qui couvre de ses ombres le trône impérial.

Lorsque le mariage déserté par les citoyens abâtardis de Rome, miné par le divorce, perd le prestige sacré dont les vieux romains l'auréolaient, lorsque la famille que ne protègent plus des mœurs douces plie sous le draconisme de la *patria potestas*, les adeptes du Christ commencent au sein de leurs communautés méconnues la transformation totale du monde antique.

(1) St Paul, *Ephes.*, ch. vi, 4.

(2) St Paul, 2^e Corinth., ch. xii, 14.

Est-il plus surnaturel idéal que celui dont s'imprègnent les martyrs des catacombes, ce n'est pas la froideur des mariages païens que reflète le mysticisme de Tertullien, dont nous rapportons ces belles paroles : « *Qui pourrait dignement célébrer la gloire et la félicité de cette union ? L'Eglise en serre les nœuds, l'oblation des prières la consacre ; la bénédiction en devient le sceau ; les anges en sont les témoins, ils en portent le message dans le ciel, et le Père céleste la ratifie* (1). »

Des rites nuptiaux unissent pour la vie par un sacrement les époux néophytes. « Il convient, dit saint Ignace que l'évêque intervienne dans les mariages afin qu'ils s'accomplissent suivant la volonté du Seigneur, et non pas au gré des passions charnelles (2). » Comme ils contrastent sur la licence des romaines ces apostoliques préceptes scrupuleusement suivis par l'épouse pieuse : *Que la femme ne se sépare point de son mari ; que si elle s'en sépare, elle reste sans se marier, ou qu'elle se réconcilie avec son mari.* Les judaïques portraits de la femme forte lui sont ses journaliers modèles, mais surtout l'humble Marie, mère du Christ, lui donne le plus pur exemple de soumission parfaite à l'époux. « Que chaque *pater familias*, dira saint Augustin, reconnaisse le devoir d'amour que ce nom lui impose envers sa famille. Pour le Christ et pour la vie éternelle, qu'il donne de sages avertissements à tous les siens : qu'il les instruisse,

(1) Tertullien, *Ad uxorem*, II, § 9.

(2) St Ignace, *Ep. ad Polye.*, c. V.

les exhorte, les réprime, les traite avec bienveillance, les dirige avec fermeté (1). » Saint Jean Chrysostome prêche ainsi les pères : « Faites de votre maison une église, car il vous sera demandé compte du salut de vos enfants et de vos serviteurs. Comme nous répondrons du salut de vos âmes, ainsi chacun de vous répondra de l'âme de son esclave, de sa femme, de son fils » (2). Ah ! nous sommes loin du système égoïste que sanctionne toujours le *jus civile*, la soumission de la femme est celle d'une personne libre, égale à l'homme par le rang qu'elle occupe. A l'union conjugale ce n'est pas seulement de propager le genre humain que le christianisme commande, mais surtout de donner à l'Eglise des enfants « concitoyens des saints et familiers de Dieu ». A la mère comme au père, au même titre, incombe le grand devoir d'élever en la foi ces co-héritiers du Christ. Pour mieux cimenter une si noble mission les évêques rappellent aux adolescents ces versets de l'*Ecclesiaste* : « L'homme qui craint le Seigneur respecte son père et sa mère, et il leur est soumis comme aux seigneurs de sa vie. C'est Dieu qui a imprimé au père un caractère qui commande le respect à ses enfants, et il a affermi sur eux l'autorité de la mère (3). » Et si, pervers et rebelle, l'enfant n'écoute point la voix de son père ni la voix de sa mère, alors il se devra courber sous la honte d'une pénitence publique.

(1) St Augustin, *Tract.*, 51, in *Joann.*, n° 13.

(2) St Jean Chrysostome, *In Genes. sermo*, VI, 2.

(3) Eccl., III, 7, 8.

A tous les actes importants collabore avec le chef du foyer la matrone chrétienne. Avant d'aller fonder une famille nouvelle, les enfants devront requérir le consentement maternel.

En son veuvage, fidèle à la mémoire du mari, suivant les conseils de l'apôtre, la mère s'attache à suivre l'œuvre noble ordonnée par saint Paul en ces maximes profondes : *Si quelque veuve a des fils ou des petits-fils, qu'elle leur apprenne avant toutes choses, à gouverner leur maison et à rendre à leurs parents ce qu'ils ont reçu d'eux : car cela est agréable à Dieu* (1).

Parmi les membres mutilés d'une société malade, noyés dans les flots hostiles d'un peuple à son déclin les disciples de Jésus vécurent durant trois siècles la vie familiale saine et forte prêchée par l'Evangile. Sous le souffle libérateur des apostoliques paroles se brise le despotisme paternel, se relève de ses ruines une famille nouvelle sur des bases d'amour. Bientôt la moitié de l'empire se trouve soumise par la faiblesse victorieuse des martyrs, l'empereur arbore sur ses aigles l'emblème des persécutés. Alors à découvert l'Eglise s'attaque sans paix ni trêve contre les vestiges immoraux du paganisme. Longue sera sa lutte, partielles seront ses victoires. La domination romaine sera balayée par les hordes barbares, le vieux monde croulera sans avoir pu se purifier d'un atavisme par trop enraciné. Mais sur les classes diri-

(1) 1^{re} Epître à Timothée, ch. V, 4.

geantes le christianisme fera triompher ses lois morales et par la voix des législateurs viendra bouleverser les Codes impériaux.

Aussi nous a-t-il paru nécessaire, pour pénétrer l'esprit du droit familial postérieur à Constantin, d'esquisser en ses grandes lignes cette si belle et si douce doctrine du Christ.

§ 2. — Avantages conférés à la femme devenue mère.

Sous l'empire du droit chrétien disparaissent les lois caducaires. Le christianisme tolère, mais n'encourage pas les secondes noces, il ne saurait punir la continence et la chasteté, il ne saurait imposer la maternité comme un devoir et condamner même le célibat saintement vécu. Aussi Constantin abroge-t-il les déchéances portées par les lois Julia et Papia Poppea contre les *coelibes* et les *orbi* des deux sexes.

Le *jus liberorum* ne confère plus à la mère d'autres droits que ceux relatifs au sénatus-consulte Tertullien.

La tutelle des femmes a disparu, car pour l'obtention de la *venia aetatis*, hommes et femmes doivent obéir à des règles identiques : *Faeminas quoque, quas morum honestas, mentisque solertia commendat, cum octavum ac decimum annum egressae fuerint, veniam aetatis impetrare sancimus* (1). Ainsi décide l'empereur.

En égale désuétude tombe la loi Voconia.

(1) Const., 2, § 1, C., *De his qui ven.*, II, 45.

Si le *jus patrum*, privilège à la paternité, subsiste, c'est dans le seul but de faciliter aux pères chargés d'enfants leur devoir d'éducation. La mère semble n'en pas bénéficier.

Seuls persistent les avantages accordés à la patronne *liberis honorata* (les dispositions concernant les libéralités entre époux sont supprimées par Honorius et Théodose), comme aussi les droits successoraux conférés à la mère sur ses enfants.

§ 3. — Droits et devoirs maternels quant à la personne.

Alors que la maternité ne reçoit plus des lois les primes de jadis, la mère dans la famille va gagner en puissance. La *patria potestas* décline de sa rigueur, Constantin prononce contre les pères assez cruels pour mettre à mort leurs enfants, la peine des parricides. En outre il s'efforce de mettre un terme à l'exposition barbare et fréquente des nouveau-nés. Dioclétien n'avait pu réussir à vaincre un tel abus. Désormais la vente permise des nouveau-nés sera comme un palliatif nouveau. Mais ce fléau des infanticides ou des expositions, fruit persistant de la misère, de la pauvreté, ne sera pas même maîtrisé par les mesures préventives prises plus tard par Valentinien, Théodose, Arcadius. Tout au moins grâce aux constitutions impériales les enfants abandonnés seront recueillis par des citoyens charitables, pourront redevenir un jour libres et *sui juris*.

La mère n'est plus sans défense contre l'arbitraire pa-

ternel. Les actes abusifs du *pater familias*, déferés par elle aux magistrats, seront souvent réprimés. La mère peut s'opposer à la vente des enfants quand sa propre fortune ou celle du mari suffit à les entretenir, de ses deniers personnels les racheter malgré la vente déjà conclue.

Certes durant le mariage le *pater familias* concentre en ses mains les attributs de la *potestas*. Lui seul peut émanciper, donner en adoption, marier ses fils ou filles. Mais l'autorité maternelle, si les textes ne la consacrent formellement, n'est pas en fait négligeable, nous l'avons pu constater pour l'époque antérieure. D'ailleurs les conséquences de l'adoption, de l'émancipation sont alors très atténuées. Quant au consentement à mariage, ce n'est plus l'exclusif intérêt du père, c'est surtout l'intérêt des enfants qui le doit inspirer. Le triomphe du christianisme fera consacrer la légitime intervention de la mère veuve pour le choix d'un époux à sa fille *sui juris*. Il y a plus, le père n'est plus toujours seul arbitre. Valens, Valentinien et Gratien (1) prescrivent pour le cas du mariage d'une veuve mineure de 25 ans, préalable consultation des proches parents par le *pater familias*. Il va sans dire que la mère, parmi les proches, donnera son avis. Et peut-être pourrait-on induire d'une constitution des empereurs Honorius et Théodose que le consentement maternel suppléait à celui du père hors d'état de manifester sa volonté.

(1) Const. 18, C., *De nuptiis*, V, 4.

La loi décide : *Si patris auxilio destituta, matris et propinquorum et ipsius quoque requiratur adultae iudicium* (1).

Le père est-il frappé d'aliénation mentale, absent, emprisonné, captif de guerre, la mère est gardienne de ses enfants ; comment la garde et le soin de ces derniers lui serait-il refusé dans ces spéciales hypothèses, n'a-t-elle pas déjà *durante matrimonio* ce droit naturel à l'encontre de son mari lorsqu'il abuse de son pouvoir, ne l'a-t-elle pas souvent après divorce, n'aura-t-elle pas en son veuvage, sous certaines restrictions, la tutelle.

Dans ce cas elle a sur ses enfants impubères droit de correction, cela résulte d'une manière implicite d'un passage du Code Théodosien d'après lequel, vers l'an 365, Valens et Valentinien I^{er} précisent le pouvoir correctionnel des proches, à la mère il s'applique avant tout : *In corrigendis minoribus*, dit le texte, *pro qualitate delicti senioribus propinquis tribuimus potestatem, ut, quos ad vitae decora domesticae laudis exempla non provocant, saltem correctionis medicina compellat.* — § 1. *Neque nos in puniendis morum vitiis potestatem in immensum extendi volumus sed jure patris auctoritas corrigat propinqui juvenis erratum et privata animadversione compescat.* — § 2. *Quod si atrocitas facti jus domesticae emendationis excedit, placet enormis delicti reos dedi iudicum notioni* (2).

(1) Const. 26, C., *De nuptiis*, V, 4.

(2) C. Th. 9, 13, *De emend. propinq.* L. un (Just. 9, 15, *De emend.*

Le mariage vient-il à se briser par le divorce, les règles édictées par les empereurs païens sont toujours en vigueur. Si le christianisme met nombreuses entraves à cette rupture des liens conjugaux, les lois qu'il inspire ne parviendront que sous Justinien à faire reconnaître le droit de garde à la mère innocente. Celle-ci, malgré tout, conserve la *donatio ante nuptias* reçue du mari. Le père divorce-t-il pour juste cause, la dot de sa femme et la *donatio ante nuptias* resteront en ses mains pour parvenir ensuite aux enfants (1).

Mais à la mort du *pater familias* les prérogatives maternelles vont grandir. Non seulement la mère comme autrefois élève ses fils ou filles, mais régit parfois leurs biens comme tutrice. Cet avantage considérable, soumis à des règles restrictives, trahit sa chrétienne origine. La célèbre constitution des empereurs Théodose le Grand et Valentinien II proclame la tutelle dative de leurs enfants accessible aux mères devenues veuves, mais sous promesse préalable et solennelle de ne se point remarier : *Matres quae omissis viris tutelam administrandum negotiorum in liberos postulant priusquam confirmatio officii talis in eas ex jure eveniat faveantur actis, sacramento praestito, ad alias nuptias non venire* (2)... Consacrant des usages admis dès le II^e siècle, l'acte de 390 sera la

propinq. L. un). — Cf. Van Wetter : *Le Dr. rom. et le Dr. germ. dans la monarchie franque.*

(1) C, 5. 17, *De repudiis et jud. de moribus sublato*, 8.

(2) L. 2, C. (5,35).

source de progrès postérieurs, malgré ses fortes réserves. Il consacre la mainmise possible de la mère sur les intérêts matériels des pupilles, mais nous sommes encore loin d'une tutelle légale et de plein droit. Toujours persiste le vieux principe du *virile munus* ; les droits maternels seront subordonnés à l'absence de tuteurs testamentaires ou légitimes, alors seulement il sera fait échec aux vieilles lois. La mère majeure de vingt-cinq ans pourra solliciter du magistrat la qualité de tutrice, celui-ci doit obtempérer à sa demande après serment par elle *apud acta* de ne pas convoler à de secondes noces.

Malgré la foi jurée, si la mère veut contracter un second mariage, elle doit d'abord faire nommer à son enfant, par le magistrat, tuteur qui la remplace. Faute de quoi sont perdus ses droits successoraux sur les biens du pupille mort impubère ; hypothèque tacite grève au profit de l'enfant ses biens et ceux du second mari (1).

La préférence des tuteurs testamentaires et légitimes laisse peu de marge au privilège maternel. Les si profondes traditions romaines ne seront jamais complètement répudiées, leurs vestiges séculaires résisteront aux empereurs chrétiens, des siècles passeront avant que la mère puisse voir de plus humaines lois affirmer sa pleine capacité. « Les nations ne jettent pas à l'écart leurs antiques mœurs comme on se dépouille d'un vieil habit. On leur en peut arracher quelques parties, mais il en reste

(1) Const. 6, C., *in quibus causis pig.*, VIII, 15 ; Const. 6, C. Ad s. c. Tert., VI, 56.

des lambeaux qui forment avec les nouveaux vêtements une effroyable bigarrure (1). » Autrefois, comme héritiers du pupille, les agnats avaient intérêt à ne pas voir périliter sa fortune, mais depuis le jour où la mère les prima, leur gestion risqua fort de préjudicier au mineur. Sans doute, la tutelle des frères consanguins, des oncles paternels et descendants de ces derniers au premier et au deuxième degré, lesquels sous Constantin viennent à succession, présentera certaines garanties, mais combien l'amour d'une mère serait-il pour l'enfant plus efficace que l'indifférence des agnats éloignés.

Et pourtant malgré ses réserves la constitution de Théodose et Valentinien porte le coup mortel aux principes injustes qui sacrifiaient la mère. Plus tard l'Orient reconnaîtra cette dernière tutrice préférable, les tuteurs agnats viendront en second rang. Chez nos ancêtres gallo-romains il en sera de même non pas dans le *Bréviaire d'Alaric*, mais dans la *lex romana Burgundiorum*.

« On peut remarquer, au point de vue juridique, dit M. Charles Lefebvre, que cette grande innovation va coïncider avec la jurisprudence nouvelle qui permettra aux femmes de renoncer au bénéfice du Velléien... Mais il n'est pas moins utile d'observer pour l'histoire des mœurs et des sentiments, destinée à éclairer celle des institutions du Bas Empire que cette constitution est due aux princes si souvent dominés ou conseillés par saint Am-

(1) Chateaubriand, *Génie du christianisme*.

broise. Ne date-t-elle pas aussi du temps où sainte Monique, la mère de saint Augustin, morte en 384, venait de donner le plus touchant et le plus illustre modèle des mères chrétiennes se dévouant comme veuves, à l'éducation et à la sauvegarde de leurs enfants (1) ! »

Tutrice ou non, la mère dirige l'éducation de ses fils et filles impubères. Valérien et Gallien viennent sanctionner sa gouverne. Voici le texte impérial : *Congruentis quidem videtur intra domum inte te ac filios tuos si quae controversiae oriuntur, terminari.* — § 1. *Sed si ita res fuit, ut injuriis eorum et ad jus experiendum et ad vindictam processeris, aditus praeses provinciae super disceptationibus quidem pecuniariis consuetum exercebit ordinem juris reverentiam autem debitam exhibere matri filios coget et si propectum ad inclementiores injurias improbitatem deprehenderit loesam pietatem severius vindicabit* (2). Placée sous la rubrique *de patria potestate* cette loi prouve assez l'autorité maternelle.

Lors du mariage de sa fille la mère va présider au choix de l'époux. Saint Augustin le laisse entendre : *Rogatus sum ut confirmarem nuptias puellae*, nous dit-il ; *facerem, inquam, sed mater puellae non adest, et tu scis ad nuptias contrahendas, voluntatem ejus necessariam* (3). Ailleurs l'évêque d'Hippone d'ajouter : *Mater, cujus*

(1) Ch. Lefebvre, *Introd. à l'hist. du dr. matrim. franç.*, 10^e cours.

(2) C. 8, 46 (47), *de patr. pot.*, L. 4. — Cf. Van Wetter, *Dr. rom. et dr. germ. de la mon. franque. La famille.*

(3) St Augustin, *epist.* 123, D. Gothefredus, édit., 1652. Lugd. — Cité par Meynial, *Le mariage après les invasions.*

voluntatem in tradenda filia omnibus ut arbitror natura praeponit (1). Dans un remarquable article, M. Meynial s'exprime en ces termes : « Le consentement de la mère, autrefois sans intérêt, devient nécessaire. Il est probable que, déjà, parmi les peuples italiques où la puissance patriarcale et l'agnation étaient moins rudement organisés qu'à Rome, la mère occupait dans la famille une place singulièrement plus considérable que dans le *jus quiritium*..... La législation impériale n'est peut-être que la légitimation de coutumes provinciales qui ont reçu droit de cité à Rome (2). » C'est possible, mais le christianisme dut pousser à la reconnaissance du droit maternel. De concert avec le tuteur et les *propinqui* la mère désormais marie sa fille mineure de vingt-cinq ans. Sa volonté sera suivie, car le conseil des proches rarement la viendra contrecarrer. La gradation descendante marquée par les empereurs Honorius et Théodose : *matris et propinquorum et ipsius quoque requiratur adullae judicium* montre l'assentiment maternel primordial, le conseil de famille ne repoussera le *judicium matris* que s'il provient d'une mère dénaturée, indigne ; mais alors le magistrat prononcera le dernier mot. Tout cela résulte assez des lois 1 et 20 c., *de nuptiis*. « Enfin peut-être, suppose M. Meynial, faut-il citer encore la loi 18 *eod. tit.* Celle-ci fait, comme les précédentes, intervenir le juge en cas de désaccord entre la veuve mineure et son père appuyé des

(1) Cité par M. Ch. Lefebvre, *Introd.*, 10^e cours.

(2) Meynial, *Le mariage après les invasions*.

proches. La formule est consignée sur la loi 20, avec cette seule différence que *patris* y remplace *matris*. Comme le consentement du père n'a nullement besoin de l'assentiment des proches, certains veulent corriger « *patris* » en « *matris* », ce qui est en effet plus satisfaisant (1). » Mais nous pensons trop aventureuse cette dernière hypothèse. Certes jadis la volonté paternelle décidait souverainement des destinées de l'enfant, mais sous l'inspiration religieuse le bonheur de l'enfant devra surtout l'emporter sur l'égoïsme du *pater familias*, le remariage de la fille mineure ne doit pas se produire forcé par le despotisme du père ; la faiblesse de la jeune veuve doit trouver dans ses proches un appui. L'Eglise hostile aux secondes noces réussit à suggérer aux empereurs Valens, Valentinien et Gratien cette loi 18 répressive ou plutôt préventive de l'absolutisme du *pater familias*.

§ 4. — Droits et devoirs maternels quant aux biens.

Etudions enfin les droits de la mère sur les biens de ses enfants.

Pendant le mariage le droit antérieur conserve son empire, mais après divorce et principalement au décès du mari, des innovations législatives prohibitives font perdre bien des avantages à la mère remariée.

Si les lois Caducaires poussaient au mariage, les actes impériaux chrétiens entravent les secondes noces. L'é-

(1) Meynial, Ouv. déjà cité.

pouse divorcée doit rester cinq ans et non plus six mois sans pouvoir contracter une nouvelle union. Quant à la femme veuve elle doit attendre non plus dix mois, mais un an. Des mesures en faveur des enfants du premier lit seront prises.

Sur le cas de divorce l'on peut argumenter des lois conférant au premier mari divorcé pour juste cause le droit de garder par devers lui la dot de sa femme comme aussi la *donatio ante nuptias*. Les enfants ne se verront pas ainsi dépouiller au profit de leurs frères utérins issus du remariage maternel.

De plus commune aux femmes divorcées ou veuves est à signaler l'impuissance d'une mère remariée devant l'ingratitude filiale. La mère, depuis Constantin, pour révoquer les donations par elle faites à son enfant ingrat, doit jouir du droit de cité, être de mœurs irréprochables, n'avoir pas convolé à de secondes noces (1).

Arrivons au cas de veuvage. Théodose (2), par sa fameuse *constitutio « feminae »* de 382, laquelle fut conservée par le *Bréviaire d'Alaric*, refuse à la mère remariée le pouvoir de disposer (en faveur de son nouvel époux ou de tierces personnes) des biens qu'elle tient de son premier mari comme de ceux recueillis dans la succession d'un enfant du premier lit. L'usufruit seul lui demeure, mais à ses enfants du premier mariage, du moins à ceux d'entre eux qu'il lui plaira d'en faire profiter, sera résér-

(1) C. Th. VIII, 13, 1.4.

(2) L. 3, C. (3.9). — Cf. M. Ch. Lefebvre, 10^e cours d'introd.

vée la nue propriété. Majorien (1) alla plus loin dans cette voie, refusant à la mère le droit restreint de disposition que lui reconnaissait Théodose quant à la nue propriété des *sponsalia*. De plus, les empereurs Anthemius et Léon, par leur constitution « *Hac edictali* » défendirent en 469 aux pères ou mères remariés de faire à leurs nouveaux conjoints donation sur leurs biens personnels pour une quotité supérieure à la part d'un enfant.

§ 5. — Système successoral entre la mère et les enfants.

Grâce toujours au triomphe des idées chrétiennes des lois successorales nouvelles viennent modifier les droits successoraux de la mère et de l'enfant vis-à-vis l'un de l'autre.

En 321 Constantin restreint les droits assurés à la mère par le *jus liberorum*. Celle-ci n'écarte plus tous collatéraux autres que frères et sœurs consanguins, elle doit concourir avec les oncles paternels de l'enfant, agnats ou émancipés, et leurs descendants au premier et au deuxième degré. Mais le *jus liberorum* a toujours son importance, la part maternelle est des deux tiers ou du tiers, selon que la mère le possède ou non (2).

Dépourvue du *jus liberorum* la mère n'est pas comme jadis exclue par tous agnats, elle hérite du tiers des biens sauf en présence de frères ou sœurs. Valens et Valentinien décrètent en 369 que les frères émancipés devront

(1) Cf. de Grenedan, thèse déjà citée, p. 186.

(2) Const. 1, C. Th., *De leg. her.*, VII.

laisser à la mère deux tiers ou un tiers des biens selon qu'elle jouit ou non du *jus liberorum* (1).

Enfin Théodose II et Valentinien III n'attachent plus d'importance au *jus liberorum* et fixent en 426 la part de la mère aux deux tiers lorsqu'elle concourt avec des collatéraux privilégiés (2).

Mais la mère se voit enlever le droit de succéder à sa fille quand cette dernière laisse des descendants : *Sed et filiae suae mortuae filius vel filia opponitur ex constitutionibus matri defunctae id est aviae suae* (3).

Examinons maintenant le droit successoral des enfants sur les biens de leur mère.

Le sénatus-consulte Orfitien déclarait successibles les seuls enfants du premier degré. Valentinien, Théodose et Arcadius reconnaissent le titre d'héritiers à tous autres descendants. Toutefois les descendants *per feminas* de la *de cujus* ont leur part diminuée d'un tiers au profit des fils ou filles venant avec eux en concours (4).

Avant Constantin l'enfant en puissance acquérait toujours à son père les hérédités auxquelles il était appelé. La succession de la mère se venait confondre dans le patrimoine paternel. Si le *pater familias* ne la dissipait, ses héritiers, les enfants même d'un autre lit se la parta-

(1) L. 2, C. Th. V. 4.

(2) L. 7, *ibid.*

(3) C. Th. c. 3, 8, *de leg. hered.*, V. 1, C.-J. L. 4, VI, 57 ; Instit., § 3, *de s. c. Tert.* III, 3 et Const., 4 c. *ad s. c. Orfit.* VI, 57.

(4) Const., 9 C. *de suis et leg.*, lib. VI, 55 ; C. Th., L. 4, § 2, *de leg. her.*, V. 4.

geaient. L'empereur chrétien décide que désormais cette succession restera la propriété des enfants, le père toutefois administre et jouit des *bona materna*. Arcadius et Honorius joindront plus tard au pécule adventice les biens donnés à l'enfant par la mère ou les autres ascendants maternels.

Le Code Théodosien tient pour inattaquable la répartition de ses biens faite par la mère de son vivant entre ses fils et maintenue jusqu'à la fin : *Licet vivorum bona ut dividantur, injustum sit, tamen si mater vivos facultates suas filiis praeceperit et permiserit dividendas, et usque ad exilium vitae suae in eadem voluntate perstiterit divisio inter filios facta perduret* (2).

La mère même remariée peut, nous l'avons vu, répartir encore entre ses enfants les biens venus de son premier mari. Mais les secondes noces lui font perdre de révoquer les libéralités par elle faites à des enfants ingrats.

Quant aux causes d'exhérédation par la mère, c'est au juge de les apprécier souverainement : *fili, si probare potuerint, quod matris in nullo laeserint pietatem, sed se obsequium, ut decuit, praestitisse : sic testamentum matris in quo praetermissi fuerint, non valebit* (3).

Les enfants injustement exhérédés ou frustrés par le testament maternel le feront tomber par la *querela inofficiosi testamenti*.

En revanche la mère exhérédée sans cause, dépouillée

(1) C. Th. II, 24, c. 2.

(2) C. Th. II, c. 2.

de sa quarte par le testament de son fils aura la *querela*.

Le causes d'exhérédation par le fils semblent n'être pas laissées à l'arbitraire du juge, les textes les restreignent à certains cas : *Nam si mater contra testamentum filii, quod inofficiosum disserit, agat, debet diligenter requiri, si contra filium mater nihil egisse probatur, aut si nulla insidiis vel publice vel secrete eum laedere fortasse tentaverit : nee forsitan consilium adversus filium inimicis suis, quod impium est, auxiliumque praestiterit* (1).

§ 6. — Reconnaissance de la famille servile.

Avant de clore cet aperçu sur la condition de la mère chez nos ancêtres gallo-romains, nous ne saurions passer sous silence l'une des plus touchantes victoires du christianisme : la reconnaissance de la famille servile.

« Le droit ne reconnaissait pas le mariage de l'esclave, l'Eglise lui accorde le sacrement de mariage comme tous les sacrements. Les *Constitutions apostoliques* font un devoir aux maîtres chrétiens de procurer à leurs esclaves le droit de se marier légitimement. Par le sacrement de mariage un droit naît donc pour l'esclave : même dans la maison de leur maîtres, « les esclaves, dit saint Jean Chrysostome, ont pouvoir sur leurs épouses. Séparer deux esclaves mariés devient, selon l'expression d'un pape, un crime énorme *tantum nefas* » (2).

Imprégné de ces nouvelles et pures doctrines, l'empe-

(1) C. Th. II, 49, c. 2.

(2) P. Allard, *Esclaves, serfs et mainmortables*, p. 106.

reur Constantin défend désormais de séparer dans les partages opérés soit par le fisc, soit par des particuliers, les esclaves attachés à la glèbe, unis par les liens de famille (1).

Plus efficace protection que les écrits d'un Ulpien, la loi va prévenir des barbaries possibles. Maris et femmes, parents et enfants, frères et sœurs resteront soumis aux mêmes maîtres.

Dans le foyer servile, grâce aux mesures impériales, la mère ne verra plus aussi ses nouveau-nés arrachés de son sein et jetés par un maître cruel parmi les détritux abandonnés sur la voie publique.

Telle fut durant cinq siècles, en Gaule romaine, la juridique consécration des droits et devoirs maternels. Les lois impériales adoucies sous l'influence progressive de la foi chrétienne, longtemps s'imposeront, après la venue des barbares envahisseurs, aux sujets gallo-romains des Wisigoths, Burgondes et Francs. Mais les entraves législatives de Rome, mais les débris derniers de l'antique *patria potestas* finiront par crouler ; la mêlée des races germanes à la race vaincue viendra fatalement refondre les mœurs familiales. Le christianisme poussera plus avant son œuvre civilisatrice ; sur les vainqueurs de l'Empire ses victoires seront plus fécondes. C'est que ces peuplades dans leurs forêts de Germanie

(1) C. Th. II, 251.

vouaient à la femme le plus ardent des cultes, c'est que ces hordes jeunes et grossières avaient l'amour du foyer. Certes les nouveaux maîtres des Gaules n'auraient pu bouleverser à eux seuls les savantes et fortes institutions latines si la masse de leurs sujets indigènes n'avait elle-même, par ses mœurs, incliné vers le transformisme des lois romaines. « Il s'est produit, contre l'antique et forte tradition romaine, dirons-nous avec M. Lefebvre, une merveilleuse rencontre des prédispositions naturelles aux Germains, avec la direction du christianisme, formulant de son côté des pensées semblables en préceptes supérieurs et en préceptes nettement dégagés. Et c'est elle cette direction qui, poussant à la fois Gallo-Romains et Barbares, les Francs surtout, les Francs en tête, les mena à terminer enfin cette démolition commencée des mauvaises constructions classiques du mariage (1) romain, pour en édifier de nouvelles sur les vraies plans d'une société devenue entièrement chrétienne (2). »

(1) Et ajouterions-nous : de la *patria potestas*.

(2) Ch. Lefebvre, *Introd. au dr. matrim. fr.*, 18^e cours.

CHAPITRE III

CONDITION DE LA MÈRE CHEZ LES WISIGOTHS, BURGONDES ET FRANCS AVANT LES INVASIONS.

Trois invasions successives amenèrent en Gaule trois peuplades, germanes d'origine. Dès le v^e siècle, Rome doit céder sa conquête aux Barbares.

Au sud de la Loire jusqu'aux Pyrénées règnent les Wisigoths que séparent des Burgondes le Rhône. Sur les rives orientales de ce fleuve dominant les peuplades Gombettes. Au nord du territoire campent les hordes Franques qui réduisent enfin sous leur empire premiers envahisseurs et Gallo-Romains.

Le royaume Franc surgira de cette mêlée de races.

Pour pénétrer le droit familial issu de cette fusion d'éléments disparates, nous devons essayer de mettre en relief avant leur synthèse définitive avec les mœurs gallo-romaines les traits principaux de la famille germanique.

Nous allons chercher la place de la mère au foyer german parmi les Wisigoths, Burgondes et Francs prêts à passer en Gaule.

« Parcourez au hasard, écrit M. P. Gide (1), les divers

(1) P. Gide, *Essai sur la condition privée de la femme*, p. 202.

monuments législatifs ou littéraires de l'ancienne Germanie, vous ne rencontrerez au premier abord sur la condition de la femme, que contradictions et qu'incohérences... La contradiction et les difficultés augmentent si, étudiant de plus près dans les codes particuliers des diverses nations germaniques, l'on cherche à les coordonner ensemble. Ici ce ne sont plus seulement les principes généraux qui sont en lutte ; ce sont presque sur chaque point de détail des antinomies flagrantes et qui défient toute conciliation..... En un mot, il n'est pas de système ou d'hypothèse sur l'état des femmes en Germanie qui ne pût trouver en même temps sa confirmation dans certaines lois barbares et son démenti dans d'autres lois. »

Aussi ces immenses obstacles nous obligeront-ils à ne suppléer qu'avec une extrême prudence, par des documents particuliers à d'autres peuplades, au silence des lois wisigothique, gombette, franque. Nous devons en outre dissocier les alliages romains de ces monuments législatifs.

Un des points mis en lumière par les commentateurs modernes, c'est la forte et curieuse solidarité familiale (1) de ces peuples barbares.

Ce n'est plus comme à Rome l'autorité despotique d'un *pater familias* qui préside aux mesures à prendre dans le cercle de la famille, le père n'est plus maître souverain ; c'est l'assemblée des proches cognats *tam de patre quam*

(1) Ch. Lefebvre, *Introduction au droit matrimonial français*, p. 326-327 ; P. Gide, Ouvrage déjà cité, p. 200-201.

de matre qui prononce en dernier ressort. Sur les destinées des siens le père n'aura qu'une influence seconde. La puissance domestique sur les personnes, sur les biens se répand, se divise, perd de son énergie. L'épouse et l'enfant opprimés trouveront toujours dans le conseil des proches une voix pour les défendre : les fils admis parmi les guerriers y siègent à côté des pères, les parents maternels et paternels, ceux de la mère et du mari composent l'assemblée.

Parmi les cognats il en est un dont Tacite (1) nous dit qu'il est par les enfants honoré, respecté, comme un père, c'est l'*avunculus* maternel : *Sorum filiis apud avunculum idem qui apud patrem honor*. Le frère de la mère, dans la famille, représente, défend les intérêts, l'autorité de sa sœur. Celle-ci partage le pouvoir paternel.

§ 1^{er}. — Le « *mundium* » perpétuel des femmes n'existait pas chez les Germains passés en Gaule.

Mais avant de relever ses droits et ses devoirs en face de ceux du père, nous pensons utile de résoudre ce fameux problème d'un *mundium* familial et perpétuel chez nos ancêtres Germains.

Absolument incapable à raison de son sexe, la femme, sa vie durant, n'aurait pu faire nul acte juridique. Du joug de ses parents mâles elle passe, dans l'hypothèse du *mundium*, sous le joug marital pour retomber

(1) Tacite, *Mor. Germ.*, n° 20.

en son veuvage sous la puissance originaire de ses proches. Le *mundualdus* toujours agirait pour la femme, laquelle toujours aurait un maître (1).

Il va sans dire que si la femme demeurerait aussi dénuée d'attributs juridiques, la mère sur ses enfants n'avait aucune autorité légale.

Or est-il véritable que chez les Germains passés en Gaule semblable coutume refusa tous droits à la femme confiant à son tuteur les intérêts moraux et matériels de cette dernière (2).

Si nous parcourons la loi des Burgondes, la loi des Wisigoths, les lois des Francs, ce *mundium* si contraire aux mœurs romaines ne paraît en aucun de leurs textes non pas formulé, mais même sous-entendu. Nous avons beau fouiller leurs articles, aucune trace d'une coutume que les envahisseurs barbares n'auraient pas manqué d'y consigner, comme tranchant sur le droit romain suivi par les indigènes de la Gaule conquise.

Comment la mère veuve viendrait-elle prendre en main la tutelle de ses enfants chez les Burgondes et Wisigoths si le *mundium* la plaçait elle-même sous la gouverne du *munduald*. Et pourtant les lois propres à ces peuples l'appellent en première ligne aux fonctions de tutrice. Nous ne voulons pas ignorer l'influence profonde du christianisme sur les règles qui déclarent la mère re-

(1) Cf. Simonnet, *Le mundium dans le droit de famille germanique*, thèse Paris, 1898.

(2) Cf. Ch. Lefebvre, *Introd. au dr. matrim. français*, p. 335.

mariée déchuée de ses prérogatives tutélaires. Mais rien ne prouve l'origine romano-chrétienne du privilège maternel.

Au silence des lois franques supplée Grégoire de Tours dont l'ouvrage nous montre Brunehaut et Frédégonde tutrices véritables de leurs fils Childebert II et Clotaire II. La loi Ripuaire, si germane d'allure, déclare même majeurs et capables à quinze ans la fille avec le fils. Le *mundium* perpétuel des femmes semble donc étranger encore au droit franc.

Ce n'est pas qu'il faille nier chez les Lombards, Saxons et Scandinaves l'existence du *mundium*, les textes sont formels à leur égard : Ainsi l'un d'eux nous dira : *Nulli mulieri liberae liceat in sui potestatem arbitrium, id est selpmundia vivere* (Rotharis, 204). Chez ces peuples il ne saurait être question de tutelle sur ses enfants, mais de la seule garde. Bien plus, ses fils dès leur enfance, par l'assistance de leur propre tuteur exerceront le *mundium* d'après le droit lombard. Pertz ne signale-t-il pas ce fragment de formule : *de infantulo qui dat suam matrem ad maritum* (1). Mais il serait trop téméraire de ramasser ces témoignages spéciaux à certaines tribus pour en construire cette règle générale pour les peuplades germaniques d'une totale incapacité juridique des femmes.

Tacite, cet observateur si sagace, loin de souligner

(1) Fragment de formule inséré par Pertz dans son édit. de la L. des Lombards. *Monum. Germaniae hist. Leg. Langobard additio. sext.*

cette perpétuelle sujétion qui lui rappellerait les vieilles mœurs romaines, n'en souffle mot. Il insiste sur l'ascendant superstitieux des femmes sur les guerriers barbares : *Inesse quin etiam sanctum aliquid et providam putant, nec aut consilia earum aspernantur aut responsa negligunt* (1). « Les anciens, les Romains surtout, remarque M. P. Gide, honoraient sans doute leurs épouses et leurs mères ; dans cette religion du foyer, dans ce culte de la famille si cher à l'antiquité, la mère de famille ne pouvait être oubliée ; mais ce respect et ces honneurs, la femme les devait à sa qualité d'épouse et de mère, et non à son sexe. Il en est tout autrement chez les Germains, ce n'est pas seulement à la compagne de leur foyer, à la mère de leurs enfants, que s'adressent leur respect et leurs hommages, c'est à la femme elle-même (2) ». Les *Niebelungen* et les *Eddas* confirment le type féminin décrit par Tacite (3), ce portrait si rude est bien fait pour imposer aux violents et grossiers Barbares ce tribut de vénération dont nous parle l'auteur romain. La femme germane suit les hommes au combat, leur porte de la nourriture et des exhortations : *cibos et hortamina pugnantibus gestant*, les encourage au plus fort de la bataille : *et in proximo pignore unde feminarum ulutatus audiri unde vagitus infantium* (4), se plaît à

(1) Tacite, *Germ.*, VIII.

(2) P. Gide, *Condition privée de la femme*, p. 214.

(3) Meynial, *Le mariage avant les Invasions*.

(4) Tacite, *Germ.*, VII.

nombrer leurs blessures : *ad matres ad conjuges vulnera ferunt, nec illae numerare aut exsugere plagas pavent* (1). Comment serait-elle impuissante, soumise pour tous les actes juridiques à l'autorité du *mundoald* cette virile compagne des travaux et périls du guerrier. Est-elle sans pouvoir exercer aucun droit cette femme dont Tacite nous dit qu'elle règne sur la tribu des *Sitons* : *Sitonum gentes... cetera similes uno differunt quod femina dominatur* (2).

Certes jusqu'à son mariage ses parents, comme il est naturel, l'auront sous leur gouverne, mais vienne l'heure des épousailles, maîtresse de ses droits, nous la verrons non pas l'esclave mais l'égale du mari.

En Germanie le mariage semble singulièrement respecté, les enfants issus d'unions libres ne comptent pas dans l'organisation familiale (3). Au foyer conjugal la femme sera reine. Le fiancé lui fait cadeau non pas de ces hochets féminins et futiles : *Munera non ad delicias quaesita, nec quibus non nupta comatur*, mais lui donne comme présents : des bœufs, un cheval tout harnaché, un bouclier, une framée, un glaive : *sed boves et frenatum equum et scutum cum framea gladioque* (4). Cet usage symbolise l'affranchissement de la femme, le rôle de l'épouse.

(1) Tacite, *ibid.*

(2) Tacite, XLV.

(3) Ch. Lefebvre, *Introd. au dr. matrim. franç.*, 13^e cours, p. 318.

(4) Tacite, XVIII.

Les présents offerts à la jeune épousée sont les mêmes que reçoit le jeune homme pour souligner son entrée dans l'assemblée des hommes libres (1) et marquer son émancipation politique. Cette similitude frappante nous autorise à dire que le mariage, loin de subordonner la femme, l'émancipe. Délivrée de l'autorité familiale, pleinement capable, l'épouse sera la compagne du mari. Tacite vient ajouter à son esquisse des cérémonies rituelles préalables au mariage ce commentaire : l'on veut par cet usage faire entendre à la femme qu'elle ne doit pas se considérer comme affranchie des soucis héroïques et désormais à l'abri des hasards de la guerre ; ces auspices dès le premier jour l'avertissent qu'elle partagera les travaux et périls du mari, dans la paix, dans le combat qu'elle doit tout souffrir, oser avec lui (*Ne se mulier extra virtutum cogitationes, extraque bellorum casus putet, ipsis incipientis matrimonii auspiciis admoneatur venire se laborum periculorumque sociam, idem in pace, idem in praelio passuram ausuramque : hoc juncti boves, hoc paratus equus, hoc data arma denuntiant*) (2).

Tout cela semble bien indiquer l'égale condition des époux. « En tout cas, remarque M. Meynial, Tacite ne nous dit rien qui permette de conclure autrement. Et pourtant s'il eût pu soupçonner que le mariage mit la femme sous la puissance de son mari, comme à Rome il

(1) Meynial, *Le mariage après les invasions*.

(2) Tacite, XVIII.

la soumettait autrefois sous la *manus*, il n'eût pas manqué de le signaler, car quel beau thème il eût trouvé là pour ses comparaisons indignées (1) ! »

§ 2. — Droits et devoirs maternels
quant à la personne.

Contre les brutalités possibles, contre les injustices d'un mari violent la femme trouvera chez ses propres cognats aide, protection. Sa famille d'origine s'il le faut lui prêter main forte, derrière l'épouse se dresse sa parenté ; les guerriers de son sang vengeront son honneur, prendront sa défense. *Si illa negaverit, liceat parentibus eam purificare, aut per sacramentum, aut per campionem, id est per pugnam* (2). Ses droits seront sauvegardés, devant l'époux, l'épouse ne courbe pas la tête, c'est la *socia* fidèle mais libre. Parmi ses champions il en est un plus ferme que tous les autres : son frère. Lui toujours veille pour protéger sa sœur ; est-elle injustement répudiée, outragée, dépouillée de ses biens, le premier de tous les parents il la fait rétablir dans ses droits, provoque même au combat le mari. C'est lui que ses neveux vénèrent plus encore que leur père : *Quidam sanctiorem arctioremque hunc nexum sanguinis arbitrantur et in accipiendis obsidibus magis exigunt, tanquam ii et animum firmitus et domum latius teneant* (3).

(1) Meynial, *op. cit.*

(2) Rotharis, n° 202. — Voir aussi, *Loi des Thuringiens*, t. XIV.

(3) Tacite, *Germ.*, n° 20.

Après avoir défendu l'épouse dans ses prérogatives conjugales, le frère soutiendra ses privilèges maternels.

La puissance paternelle s'équilibre et partage entre les père et mère.

Si nous en devons croire les épopées germaniques, la mère serait dans la famille plus puissante, plus respectée que le père, les liens qui l'uniraient aux enfants seraient plus étroits. Sans aventurer une hypothèse trop hardie, nous pouvons dire que son autorité s'implantait comme celle du père au foyer.

Certes à cet égard lois et formules restent silencieuses. Rien ne transpire des textes wisigothiques, burgonde, franc, mais ce silence gardé sur les attributions respectives des parents, alors que l'Etat ne s'est pas encore immiscé pour régir le droit familial, laisse plausible chez les Barbares prêts à passer en Gaule, de déduire des vestiges moraux parvenus jusqu'à nous la commune puissance des père et mère.

Ne verrons-nous pas chez les Francs Bertheconde se réfugier avec l'un de ses fils chez son frère Bertchramm, désertier le foyer domestique sans aucune possible, justifiable réclamation du mari. Tout au moins Grégoire de Tours ne signale pas la supériorité juridique du père.

Dans les conseils des parents paternels et maternels le frère plaidera la cause de sa sœur, l'*avunculus* prendra la défense de ses neveux. L'absolutisme du père se verra briser contre l'intervention protectrice des guerriers cognats de sa femme. La mère voit s'affermir ses droits

grâce à la forte solidarité qui réunit toujours les membres issus d'un même tronc ; le mariage ne la sépare pas de la famille où elle est née, ses proches en imposeront à l'époux brutal, au père despote.

Faisant nôtres les conjectures de M. Ch. Lefebvre (1) nous ne pouvons que reproduire sa belle évocation des mœurs domestiques en Germanie.

« Si le père est présent et valide, c'est sa prérogative d'homme qui l'emporte d'ordinaire pour toute la direction extérieure des enfants. De même qu'il leur a donné sa condition, de même s'il s'agit de les protéger au dehors en vengeant leurs offenses, en les représentant en justice, en administrant leurs biens qu'ils peuvent avoir : c'est le rôle de l'homme comme mari et comme père d'exercer à leur égard toute la partie principale et la plus apparente du pouvoir domestique. C'est lui qui présentera les fils *in mallo* comme majeurs et en état de porter les armes. C'est lui encore qui, au dehors, se présentera comme mariant sa fille et recevant le *pretium nuptiale*, lui qui interviendra dans la *desponsatio* et la *dotatio*. Tout cela c'est le rôle même de l'homme, avec qui sa femme doit s'entendre dans la maison, sauf à s'incliner devant lui pour les actes du dehors.

« Mais dans l'intérieur même, c'est la mère qui gouvernait ses enfants, sa fille plus encore, en vertu de son rôle naturel et de son autorité propre, non d'après cette

(1) Ch. Lefebvre, *Introd. au dr. matrim. franç.*, 16^e et 17^e cours.

théorie subtile et purement juridique d'un mandat ou d'une délégation du *pater familias*, comme à Rome où la construction tout artificielle de la *patria potestas* le voulait ainsi. Une délégation de pouvoir ou même de *mundium*, n'eût-ce pas été une construction bien trop savante pour les Barbares ! Non, la mère avait aussi son autorité à elle ainsi que la nature la lui confère. Et si le mari venait à être absent, malade, empêché, c'était la mère alors qui exerçait momentanément, mais de sa propre autorité, tout le pouvoir domestique, avant de prendre à la mort de son mari une vraie tutelle de droit. »

C'est d'abord comme mère de la race future que la femme sera protégée, les lois franques, la loi des Thuringiens vengent son meurtre par un triple wehrgeld dès lors qu'elle est en âge d'être mère. Certains auteurs, et non des moindres, interprètent ce taux plus fort des compositions en un sens d'un matérialisme outré. « La femme, dit M. Viollet (1), est une valeur, surtout la femme féconde pouvant enfanter, ou la femme enceinte ; or c'est la femme nubile ou la femme enceinte qui est l'objet de ce wehrgeld plus élevé. » Cela détonnerait certes sur le culte véritable dont ces barbares entourent le sexe faible. Nous croyons plus véridique le raisonnement tenu par M. Galy (2). « Sans doute, remarque ce dernier, la composition n'est en général augmentée que lorsque la femme est en état de concevoir ; mais auparavant elle est

(1) Viollet, *Hist. du dr. civ.*, p. 289, note 2.

(2) Galy, *La Famille à l'époque mérovingienne*, thèse Paris, p. 170.

protégée par la composition de l'enfant qui atteint le même chiffre, à savoir six cents sous ; celle de la femme enceinte, de sept cents, il semble difficile de l'expliquer autrement que par la vénération profonde que les Francs attachaient à la maternité. » Il est à présumer que chez les Wisigoths et Burgondes la maternité ne s'imposait pas moins à tous digne de respect.

Ces Barbares n'ont pas la cruauté romaine d'abandonner leurs enfants nouveau-nés ; les parents coupables d'une telle infamie seraient par les Germains traités en criminels. Tacite (1) nous l'apprendra. Mieux traitée qu'à Rome la mère ne verra point son mari lui venir arracher le frêle nouveau-né pour l'exposer aux profondeurs sauvages des forêts, pour le vouer à mort certaine.

Tacite (2) se plaint encore à confondre l'indifférence des mères romaines par la sollicitude dont la femme germane entoure ses enfants. Certes, l'éducation de ces derniers n'a rien de raffiné. Ceux du chef vivent pêle-mêle avec ceux des esclaves, tous passent leurs premières années au milieu des troupeaux, en plein air, se traînant à terre, dans la saleté, menant une vie tout à fait oisive. Les fils du maître ne se vont séparer des fils de l'esclave qu'à l'âge de porter les armes. Mais toutefois la mère saura les employer aux ouvrages des champs et de la maison. Dans ses travaux ils la seconderont souvent. S'il faut sévir elle peut les flageller et corriger *flagellandi tamen et corri-*

(1) Tacite, *Germ.*, § 20.

(2) Tacite, *ibid.*

piendi eos quandiu sunt in familia constituti, patri quam matri potestas manebit (1). Le père veut-il abuser de sa puissance, alors elle s'oppose de tout son pouvoir aux injustices paternelles ; s'il le faut l'*avunculus* et les proches maternels viendront à la rescousse.

Si pour une cause ou l'autre le mari ne peut exercer le gouvernement familial, sa femme reste maîtresse souveraine.

Au cas de rupture conjugale la loi burgonde décide qu'en dehors des trois crimes d'adultère, de sortilège et de violation de sépulture, le mari qui répudie sa femme lui doit abandonner ainsi qu'à ses enfants, sa maison et sa fortune (2).

Devenue veuve, la mère réunit en ses seules mains les attributs de la *potestas* : *Patre mortuo, utriusque sexus filiorum conjunctio in matris potestate consistat* (3).

Non seulement elle gouverne ses enfants, mais régit à son gré leur patrimoine.

Et tout d'abord elle gouverne ses enfants. A ces derniers en bas âge les proches paternels doivent fournir la nourriture et l'entretien ; la garde exclusive reste le privilège maternel. L'éducation des filles et fils mineurs sera l'œuvre de la mère lors même qu'elle aurait décliné la charge de tutrice. Contre sa volonté le tuteur ne pourra s'emparer d'eux. C'est elle qui plus tard donnera sa fille en mariage.

(1) Loi des Wis., IV, 5, 1.

(2) Loi Burg., XXXIV, 3, 4.

(3) Loi Wis., liv. III, tit. 17.

L'auteur de la vie de Saint-Junien (dans Labbé *Biblioteca manuscriptorum*, t. II, p. 573) atteste même pour la mère veuve le droit de vendre son enfant : *Interrogans cur tanto ejulatu fletet, et illa respondit : Vere dei famule ; scias me fama periclitari ; panis dest emptio nulla : quamobrem tuam adii clementiam, ut, si me de periculo famis eripueris, sim tibi perpetuo ancilla ; et filius quem, utero gesto, servus sempiternus quem cum enutriero, tuis manibus servire instituum.*

Quant aux intérêts matériels de ses enfants, la mère peut à son gré les régir. Les lois barbares des Wisigoths et Burgondes, nous l'avons déjà vu, lui reconnaissent de préférence à tout autre le titre de tutrice. Les témoignages de Grégoire de Tours sont aussi formels pour les Francs.

Voici les textes des lois wisigothique et gombette :

Si mater tutelam suscipere voluerit, nullo ei parentela praeponatur Lib. leg. Gundebati (tit. 35).

Si nubere, electa castitate, distulerit, filii cum omni facultate in ejus solutio et potestate consistent (Ibid., tit. 59).

— *Si patre mortuo, in minori aetate filii relinquantur, mater eorum tutelam, si voluerit, suscipiat, si tamen in viduitate permanserit, ita ut de rebus filiis debitis inventarium faciat, per quod postmodum filii hereditatem sibi debitam quaerant (Lex. Wisig., lib. IV, tit. 3, 3).*

Patre mortuo, utriusque sexus filiorum conjunctio

in matris potestate consistat. Matre vero mortua, aut si ad alias nuptias forte transierit, fratres eligant cui dignius puer vel puella jungatur (Lib. III, tit. 1,7).

Après la mort du père, disent les partisans du *mundium*, ces deux lois seules reconnaissent à la veuve le titre de tutrice. Dans le pur droit germanique, la mère, qui est en tutelle, ne saurait avoir le *mundium* sur ses enfants, les lois anglo-saxonnes, la loi des Bava-rois, la loi de Waldemar en Scandinavie lui confèrent le seul privilège de garde. Le développement postérieur du droit (Miroirs de Saxe et de Souabe) ne connaît pas non plus au profit de la veuve les attributs tutélaires. Sans doute le tuteur, dans tous les actes de la tutelle, consultera la mère, mais elle est incapable d'exercer elle-même la charge de tutrice.

Les lois des Wisigoths et Burgondes ne sont pas sans avoir subi des influences romano-chrétiennes. N'exigent-elles pas, à l'instar du Code Théodosien, l'obligation de ne pas convoler à de secondes noces : *si nubere, electa castitate distulerit...*, *si tamen in viduitate permanse-rit*. Au contact des mœurs gallo-romaines s'est affirmée la conception, déjà forte chez les Germains, d'une tutelle toute dans l'intérêt du mineur, l'incapacité féminine s'est avec le temps évanouie, la femme vient posséder des droits successoraux étendus, peut défendre ses droits en justice, plus de traces bientôt du *mundium* qui l'assujettit chez les Lombards et que résume cette glose du *Liber Papiensis* (Liutpr. 119) : « *Mundoalda debet stare cum*

suis rebus eum mundoaldo suo et gubernari et pasci et vestiri. » Dès lors rien ne s'oppose plus à la tutelle des enfants au profit de leur mère, trouveraient-ils plus prévoyante et dévouée protection. Le christianisme fortifie ces progrès ; ce n'est plus, comme le voulaient les empereurs Valentinien, Théodose et Arcadius, à défaut de testamentaire ou légitime tuteur, mais au premier rang, que la veuve peut aspirer à devenir tutrice.

Nous sommes très enclin à reconnaître le romanisme des lois wisigothique et burgonde, l'action puissante sur les Barbares des idées chrétiennes. Mais nous pensons avoir au cours de cette étude suffisamment prouvé la pleine liberté juridique de la femme germane. Les principes suivis en Gaule romaine vinrent préciser les naturelles tendances des envahisseurs, purifier leur rudesse native, mais tout laisse supposer l'indépendance de la mère veuve maîtresse de régir les intérêts matériels et moraux de ses enfants. Il est probable que la condition d'un veuvage respecté fut le fruit des évangéliques doctrines ; quant à l'aptitude maternelle pour le rôle de tutrice, les mœurs germaniques la devaient primitivement consacrer. Certaines peuplades ont connu le *mundium* familial, conjugal, perpétuel des femmes ; il serait téméraire de généraliser ses règles par toute la Germanie.

Si la mère trouve trop lourd d'administrer le patrimoine de ses enfants mineurs, la tutelle sera par leurs frères majeurs ou d'autres proches exercée. Si le tuteur en exercice remplit mal sa charge, refuse de poursuivre

son administration, l'assemblée des parents convoquée par la mère prononcera sur les mesures à prendre : *Si tutor abnuerit, convertat se ad proximos ejus.*

§ 3. — Droits et devoirs maternels quant aux biens.

Dans une sorte d'indivision, de communauté continuée, la veuve demeure avec ses jeunes enfants. Pour l'inventaire dont parle la loi des Wisigoths, c'est chose trop savante, les Barbares l'ignorent avant la conquête.

Les secondes noces privent-elles la mère de tout ou partie de ses droits ? Il est difficile de dissocier des lois wisigothique, burgonde, franque leurs nombreux alliances étrangers aux purs principes germains. Ces lois contiennent de multiples détails sur les déchéances qu'entraînent les seconds mariages, nous aurons à les analyser bientôt pour la période franque. Quant à formuler des règles assez nettes pour l'époque antérieure aux invasions, cela nous paraît impossible. Toutefois l'admirable solidarité qui caractérise la famille germaine, l'intervention constante des proches dans les affaires domestiques nous autorisent à supposer que les enfants d'un premier lit n'étaient pas sacrifiés à l'arbitraire du parâtre, que leurs biens n'étaient pas abandonnés à son cupide égoïsme.

§ 4. — Système successoral entre
la mère et les enfants.

En dernière analyse, passons aux droits réciproques de succession de la mère et l'enfant vis-à-vis l'un de l'autre.

Le wehrgeld dû pour le meurtre de son enfant ne sera pas remis à la mère, ce n'est pas aux femmes qu'incombe le devoir de vengeance, mais aux guerriers. Le père lui-même n'aurait pas l'exclusif bénéfice du wehrgeld, il se doit partager entre les parents mâles *tam de patre quam de matre*, chargés tous de venger la victime. Si nous parlons de ce prix du sang, c'est que le système de son attribution n'est pas sans affinités avec le droit successoral.

Pour les biens laissés par le *de cujus* il faut distinguer la *terra aviatica* des objets mobiliers.

La *terra aviatica* ou *salica* désigne la seule terre individuellement appropriée dans la tribu, l'enclos où se trouve bâtie la hutte du Barbare. Incapables d'assurer la défense du foyer domestique contre des attaques possibles, ni les femmes ni les vieillards ne peuvent prétendre à l'*hereditas aviatica*. Tacite n'appelle jamais à succession les ascendants alors que le *de cujus* est décédé sans postérité, mais les vagues renseignements de l'historien romain rapprochés des lois salique et ripuaire laissent conclure que parmi les successibles figuraient les père et mère, non pas les autres ascendants. Toutefois à la *terra salica* la mère ne peut succéder à cause de son sexe.

Pour les biens mobiliers, c'est-à-dire pour une part assez forte des biens laissés par le défunt, la mère en peut hériter.

Ici prend place une controverse grosse de conséquences; la mère va-t-elle primer le père ou concourir avec lui ? Il y a désaccord formel entre les rédactions primitives de la loi salique et la *lex emendata* du temps de Charlemagne : les premiers textes rédigés de 486 à 493 mentionnent la *mater* comme seule héritière à défaut de descendants. Voici d'ailleurs les deux versions de la *lex salica*.

Si quis mortuus fuerit et filios non demiserit, si mater sua superfuerit, ipsa in haereditatem succedat (tit. 49, § 1, Loi salique, 1^{er} texte. Pardessus).

Si quis homo mortuus fuerit et filios non dimiserit, si pater aut mater superfuerint ipsi in hereditate succedant (Lex emendata).

Pardessus et d'autres auteurs (1) nient la préférence maternelle ; le pur droit germanique consacrait, disent-ils, la préférence absolue des mâles sur les femmes et cela même pour les successions mobilières. L'on réduisit à la « terra salica » plus tard le privilège des hommes. C'est alors que fut promulgué le texte primitif. La mère désormais successible vit inscrire sa nouvelle capacité sur les formules légales ; s'il ne fut pas fait mention du père, c'est par inadvertance, ses droits étant constants on ne songea pas à les rappeler. Sous Charlemagne l'ou-

(1) Pardessus, *Loi salique*, p. 704 et s. ; Stark, *La famille primitive*, p. 106.

bli fut réparé, la *lex emendata* comprit dans ses termes : *pater aut mater*.

Cette hypothèse très ingénieuse, pour nous convaincre, devrait s'appuyer sur de sérieux arguments, lesquels prouveraient ce prétendu privilège des hommes, cette exclusion totale des femmes.

Nous ne pouvons suppléer ainsi le silence des rédactions anciennes (1). Pardessus n'est-il pas lui-même, dans un cas analogue, forcé de reconnaître l'ancienne existence d'un privilège pour la ligne maternelle. Nous voulons parler des paragraphes 3 et 4 de la *lex emendata*, lesquels, à défaut des frères et sœurs du défunt, viennent appeler de préférence aux sœurs de la mère, les sœurs du père.

Les premiers textes restant debout, nous devons admettre que pour les successions mobilières la mère ne vient pas à l'origine concourir avec son mari, mais est seule capable de succéder, que le père est sans aucun droit.

S'agit-il là d'un vestige des époques préhistoriques où seule comptait la parenté par la mère. D'aucuns l'ont cru (2). Nous pensons plus juste de croire que la *lex Salica* primitive compense les prérogatives masculines relatives à la terre ancestrale par l'exclusive attribution des biens mobiliers à la mère.

(1) Galy, *La famille à l'époque mérovingienne*, thèse Paris, p. 204.

(2) Puton, *Essai sur le mariage d'après les usages des anciens Germains*, thèse Nancy, 1902, p. 24 et s.

Il est fort plausible qu'avant les invasions il en fut de même chez les Burgondes et Wisigoths, mais ces derniers rédigèrent leurs lois alors que déjà le contact des mœurs romaines les avaient profondément dégermanisés. Il n'en est pas ainsi de la *lex Salica* presque pure de l'alliage romain.

Etudions enfin les droits successoraux de l'enfant sur les biens laissés par la mère.

En ce qui touche l'attribution du wehrgeld, la régissent des principes analogues à ceux déjà cités : les filles en seront privées, les fils le devront partager avec les parents mâles.

« Chez les Burgondes, écrit M. Glasson (1), les filles sont également exclues par les fils sur les immeubles, mais de leur côté, par réciprocité, les filles excluent les fils sur la succession mobilière de leur mère. Les lois des Alamans et celles des Bavares ne font également venir les filles qu'à défaut de fils et ne leur reconnaissent aucun droit de succession exclusive sur les meubles de leur mère. Thuringiens : dans la succession maternelle, les fils obtiennent tout le patrimoine, meubles et immeubles ; les filles sont réduites aux habits et ornements de leur mère. Rappelons que cette loi des Thuringiens exclut, même à défaut de fils, les filles, des immeubles, tant qu'il y a des collatéraux jusqu'au dixième degré. Il

(1) Glasson, *Le droit de succession dans les lois barbares*, N. R. H., t. XI.

est d'autant plus important de relever ces particularités qui distinguent la succession du père de celle de la mère, qu'on ne les rencontre pas dans les lois des Francs, ni dans celle des Ripuaires. »

Il ne saurait chez les Germains être question du testament, ces Barbares l'ignorent.

DEUXIÈME PARTIE

PÉRIODE FRANQUE

(VI^e au IX^e siècle).

CHAPITRE UNIQUE

CONDITION DE LA MÈRE SOUS LA DOMINATION FRANQUE.

« Il semble qu'on puisse résumer l'histoire des idées, du VI^e au IX^e siècle, en disant que le monde s'habitue à être chrétien. Les vérités de la foi rayonnent sur l'ensemble des problèmes théoriques ou pratiques qui occupent les intelligences ; c'est au point de vue de l'Évangile qu'on s'accoutume à envisager la vie dans ses manifestations individuelles, familiales ou sociales, et l'harmonie s'établit entre les notions diverses dont la réunion constitue l'esprit public. » Ainsi s'exprime dans sa thèse remarquable sur *l'Evolution du testament* M. Henry Auffroy (1).

Sur les Wisigoths, Burgondes et Francs en Gaule, l'Eglise poursuit l'œuvre rénovatrice déjà commencée

(1) Henry Auffroy, thèse citée, Paris, p. 347.

dans l'empire romain. Le prologue fameux de la *Lex Saliica* trahit l'enthousiasme juvénile des Saliens convertis : *Vivat qui Francos diligit Christus, eorum regnum custodiat, rectores eorum luminae suae gratiae repleat, exercitum protegat pacem, gaudia et felicitatem tempore, dominancium dominus Jesus-Christus pietate concedat*. Mais ces Barbares baptisés, longtemps conserveront leurs instincts sauvages, l'atavisme germain les marquera de sa profonde empreinte. Cette période franque d'où va sortir une nation puissante nous apparaît comme le creuset où se fusionnent des éléments ethniques disparates. Races de Germanie, races gallo-romaines s'y fondent en un seul bloc moulé par le christianisme. Suivre sous les Mérovingiens et Carolingiens la condition légale faite à la mère, c'est assister à cette mêlée des principes germano-romains.

Le respect des lois personnelles aux peuplades soumises survit à la conquête franque. Lois romaines, burgonde, wisigothique, ripuaire, salique s'appliquent à chacun des sujets romains, burgondes, wisigoths ou francs de Clovis. Autant de règles diverses régissent de front le droit familial, mais bientôt des usages locaux submergent les principes juridiques dépourvus désormais d'une force coercitive, règnent en maîtres la coutume et les lois du vainqueur. Toutefois nous devons signaler les divergences premières, lesquelles résultaient de la personnalité du droit.

§ 1^{er}. — Droits et devoirs maternels
quant à la personne.

Les capitulaires des rois carolingiens gardent sur la puissance paternelle le silence presque absolu. Leurs rares dispositions suffisent à nous montrer l'autorité des père et mère sur des bases chrétiennes. Notre Code civil n'articule pas mieux l'honneur et le respect qui s'imposent à l'égard des parents : *Hoc cum magno studio admonendum est, ut filii honorent parentes suos quia ipse Dominus dicit : honora patrem tuum et matrem tuam ut sis longaevus super terram quam Dominus dabit tibi* (1). La mère dans la famille partagera les attributs du pouvoir paternel. Les tendances du droit germanique se viennent fortifier au contact de préceptes supérieurs.

Ce n'est pas que le père durant le mariage ne règne sur la famille, mais toujours aux mesures graves à prendre sa compagne se trouve en fait participer. Les textes et formules mentionnent, presque tous, les parents, non pas le père seul.

Poussons plus avant la revue des droits et devoirs maternels à l'époque franque.

Nous avons déjà signalé la vénération profonde que les Francs attachaient à la maternité. Relevons donc en premier lieu les rapports entre la mère et ses enfants que ne viennent jamais éteindre ou changer ni rupture des liens conjugaux, ni veuvage, ni secondes noces.

(1) Cap. 65, liv. 1 ; Baluze, t. I, p. 713.

Le fils assez indigne pour frapper ou maudire sa mère sera puni de mort: *qui percusserit patrem aut matrem, morte moriatur ; qui maledixerit patri aut matri, morte moriatur* (1). Soumis au jugement de Dieu, le fils soupçonné de parricide devra marcher sur huit socs de char-rue incandescents. Les capitulaires de 829 portent des peines moins rigoureuses : exhérédation, confiscation, pénitence canonique. « Une lettre pontificale adressée, en 858, par Nicolas 1^{er} à Ratalde, évêque de Strasbourg, en réponse à une consultation de ce dernier, impose à un homme qui avait tué sa mère, une pénitence savamment graduée pour l'amendement du coupable. La première année, il ne pourra entrer dans l'Eglise : il demeurera à la porte pour prier. Les trois années suivantes, il pourra entrer, mais non communier. Ensuite il pourra communier, mais sept années durant, les oblations lui seront interdites. Pendant ces onze années d'expiation, il ne pourra manger de chair ni boire du vin qu'entre Pâques et la Pentecôte, si ce n'est le dimanche et les jours de fête ; il jeûnera jusqu'au soir trois fois par semaine ; il ne voyagera qu'à pied et n'aura droit de porter les armes que pour combattre les infidèles. » Tels sont les curieux détails signalés par M. du Plessis de Grenedan dans sa thèse sur *l'Histoire de l'autorité paternelle* (2).

Si fort est respecté le mariage que les Wisigoths au-

(1) Cap. Baluye, tit. 4^{er}, liv. 6, t. V et IX.

(2) De Grenédan, thèse citée, p. 207 et s.

torisent les fils majeurs à poursuivre leur mère coupable d'avoir violé la foi conjugale (1).

En face du père quelle sera l'autorité maternelle ?

Chez les Francs comme chez les Germains, c'est le conseil des parents mâles assemblés qui exerce la puissance familiale. « Le père n'en possède qu'une parcelle et le frère de sa femme joue dans l'assemblée un rôle aussi considérable que le sien (2). Ce morcellement de l'autorité domestique sauvegarde la femme dans ses intérêts d'épouse et de mère.

C'est que les mœurs franques longtemps conservent cette solidarité vivace qui resserre les liens familiaux, et rend commune à la parenté tout entière la cause d'un seul. Dans les festins où se réunissent pour traiter des affaires importantes les guerriers de même sang *tam de patre quam de matre* le frère surtout défend les droits menacés de sa sœur.

L'amour fraternel reste celui des coutumes germaniques. Nous avons déjà vu Berthegonde trouver aide et protection chez son frère Bertchramm. Voici d'autres exemples tirés de Grégoire de Tours et cités par M. Galy (3). « Childebert déclara la guerre au roi Amalaric pour venger les injures faites à sa sœur Clothilde. La reine Marcatrude ayant été répudiée par Gontran, les beaux-frères du roi ne purent supporter l'outrage fait à leur sœur et

(1) L. Wis., III, 4, 13.

(2) Galy, thèse déjà citée, p. 141.

(3) Galy, thèse citée, p. 141.

ils s'apprêtaient à en tirer vengeance quand celui-ci les prévint en les faisant tuer par ses gens. »

Un dernier récit de Grégoire de Tours montre le zèle des frères à prendre fait et cause pour leurs sœurs : « Une grande querelle s'éleva parmi les Francs de Tournai. Le fils de l'un d'entre eux réprimandait souvent avec colère le fils d'un autre à qui sa sœur était mariée, parce qu'il abandonnait sa femme pour aller aux prostituées. Comme le coupable ne s'amendait nullement, cette irritation s'accrut à tel point que le jeune homme se jeta sur son parent, le tua avec l'aide des siens, qu'il fut tué lui-même par les gens qui accompagnaient son adversaire et que, des deux partis, il ne resta qu'un seul homme qui n'eut personne pour le frapper. »

Si fortement protégée la mère comme l'épouse trouve sa place au foyer bien assise. Son mari doit compter avec elle, ne rien faire de grave sans la consulter.

Aussi les textes mettront-ils sur le même pied les père et mère.

Jusqu'à douze ans chez les Wisigoths (1) les fils demeurent confiés à la mère. L'éducation semble moins négligée qu'au temps de Tacite. En tous cas les conciles rappellent aux parents le devoir qui leur incombe d'envoyer aux écoles et faire instruire leurs enfants. Les capitulaires reproduisent ces objurgations et ces ordres. Partout l'on s'efforce d'établir des écoles (2).

(1) Loi Wis., X, 1, 17.

(2) Voir de Grenédan, thèse déjà citée, p. 207.

Pour remplir efficacement leur devoir d'éducation les père et mère sont armés d'un large droit de correction. Chez les Wisigoths le père, la mère et les grands parents peuvent réprimander et fouetter l'enfant. S'agit-il d'une faute trop grave, le père s'entoure alors d'une sorte de tribunal domestique. La mère y siègera, les ascendants et les proches seront aussi consultés. La peine de mort peut être infligée. La condamnation s'exécute sans intervention possible des pouvoirs publics (1).

Le père pouvait vendre son enfant, les preuves n'en sont pas rares dans les historiens, la mère veuve pouvait exercer un tel droit, du moins s'il en faut croire l'auteur déjà cité de la vie de saint Junien. Si l'indigence n'est cause de cette vente barbare, si le père veut abuser par là de son autorité, la mère prévient cet acte abusif, déférera devant le conseil familial ce projet cruel. En vain les législateurs wisigoths (2) abrogent-ils ce droit exorbitant, en vain les lois romaines suivies par les sujets gallo-romains le restreignent, cette plaie morale résiste à tous les remèdes. Le christianisme, lequel inspire les efforts très louables des rois carolingiens ne fera disparaître l'usage des ventes d'enfant que très tard. M. Viollet cite des preuves de sa survivance légale jusqu'au xv^e siècle (3).

(1) Loi des Wis., IV, 5, 4. — Cf. Kraut, I, p. 295.

(2) Loi des Wis., V, 4, 12.

(3) Edict. Pist. an 864, c. 34, *apud Pertz, Leges*, t. 1^{er}, p. 497 ; P. Viollet, *Hist. du dr. civ. franç.*, p. 502.

Quant au droit pour la mère de consentir au mariage de sa fille ou de son fils concurremment avec le père, nulle part les textes juridiques ne le mentionnent. Le Papien (1), loi romaine des Burgondes parle d'un *conventus parentum aut ingenuorum vivorum*. Mais il s'agit de la seule présence des témoins ; la formule 235 de Rozière signale ce *conventus* distinct du *consensus*. Le consentement de la mère ou des autres membres de la famille : *ab eorumque consulta propinquorum* n'apparaît que dans l'hypothèse très spéciale où le second mari d'une veuve prétend imposer à sa belle-fille un époux de son choix (2). En fait l'avis maternel ne sera pas dédaigné.

Si le père vient à ne pouvoir pas exercer sa puissance, s'il est devenu fou, s'il est absent, emprisonné, captif de guerre, c'est à la mère de régir et gouverner seule les intérêts moraux et matériels de ses enfants. Cela se peut déduire de l'ensemble des témoignages qui durant le mariage, après rupture des liens conjugaux, après la mort du mari reconnaissent à la femme mariée, divorcée, veuve nombre des prérogatives paternelles.

L'homme libre perd-il sa liberté, sa femme et ses enfants demeurent libres. Les liens conjugaux ne sont pas rompus par cette servitude, le père réduit en esclavage va conserver sur sa famille ses droits, mais leur exercice sera l'œuvre exclusive de la mère. Nous aurons d'ailleurs

(1) Papien, 37, 1.

(2) De Grenédan, thèse, p. 250.

à revenir sur cette hypothèse en traitant des familles serviles.

Au cas de séparation des époux, la mère injustement répudiée se voit octroyer ainsi qu'à ses enfants la maison et les biens de son mari. Ainsi le veut la loi des Burgondes. Les Wisigoths (1) repoussent le divorce, ne tolèrent que le *divortium quod thorum et habitationem*. Après des siècles d'efforts le christianisme fait sanctionner en 744 et 749 le principe du mariage indissoluble. Partout l'époux coupable se voit dépouiller sans doute de la garde des enfants.

En son veuvage la mère non remariée, sans entraves exerce la puissance.

Chez les Burgondes et Wisigoths la loi reconnaît l'autorité maternelle, il n'en va pas de même pour les Francs. Mais chez ces derniers la mère n'avait pas moins de droits, nous le pourrions conjecturer d'après Grégoire de Tours.

Et tout d'abord, sans conteste possible, la mère élève ses enfants. Si les Burgondes et Wisigoths lui confèrent le rôle de tutrice, si les Wisigoths lui donnent pouvoir de marier ses enfants, il va sans dire que la garde lui sera confiée. Pour les Francs, Grégoire de Tours nous va renseigner à défaut de textes législatifs. A la mort de Sigebert, Brunehaut ne quitte pas son fils Childebert (2). Frédegonde veuve ne se sépare pas du jeune Clotaire, sa

(1) L. Wis III, 6, 4, 12.

(2) G. de Tours, *H. des Francs*, VI, 4.

filles Berthegonde se réfugie près d'elle (1). Aux termes du traité d'Andelot, les enfants de Childebert demeurent sous le giron maternel (2). Si ces reines n'élèvent parfois pas leurs fils, nous les voyons en déléguer la charge à des gouverneurs : « Mon frère Chilpéric, dira Gontran, a, paraît-il, laissé en mourant un fils dont les gouverneurs m'ont demandé, sur les instances de sa mère, de le tenir sur les fonts baptismaux, le jour de la nativité. » « A la même époque, écrit encore Grégoire de Tours, mourut Wandelin, gouverneur du roi Childebert, mais personne ne fut mis à sa place, car la reine mère voulut elle-même prendre soin de l'enfant (3). » Certes il ne s'agit ici que de fils de rois, mais ne suivaient-ils pas la loi de leurs sujets, au point même de régler le partage du royaume comme celui du premier champ venu ; entre les princes héritiers, le trône ne se divisait-il pas comme les héritages vulgaires ? Sans doute les convoitises de parents haineux se viendront disputer autour de l'enfant roi ; alors que les pires excès se donnent libre cours, la reine mère se trouvant impuissante à défendre seule la vie menacée du tout jeune souverain, lui cherchera des champions prêts à le soutenir contre des violences trop possibles. Souvent le roi défunt a choisi le protecteur qui combattrait pour l'héritier du trône : Childebert confie ses fils, sa femme, sa sœur, sa mère à Gontran, si celui-ci

(1) G. de Tours, IX, 34.

(2) G. de Tours, IX, 20.

(3) G. de Tours, VIII, 9.

lui doit survivre, pour les protéger *ut pius pater* ou *tanquam sororem bonam et filiam* (1). Mais toujours la mère dirige et garde ses filles ou fils. Toutefois ses secondes noces semblent lui retirer ce droit. La mère de Clodomir s'étant remariée, ce fut Clotilde qui prit et garda ses petits enfants. Ils étaient près d'elle encore quand leurs oncles les attirèrent chez eux pour les égorger (2).

Une fois veuve la mère n'a pas un simple droit d'éducation et de garde, mais peut consentir au mariage de ses enfants, régir leur tutelle.

Pour ce qui est d'imposer sa volonté dans le mariage de ses fils, la mère ne le pourra souvent pas, ces derniers se trouvant alors presque toujours maîtres de leur personne. En revanche la veuve non remariée présidera pour sa fille au choix de l'époux. La loi des Wisigoths lui reconnaît ce pouvoir en termes formels : *Ut patre mortuo, utriusque sexus filiorum conjunctio in matris potestate consistat* (3). Si la mère convole à de secondes noces, ses droits passent à ceux des frères germains qui sont devenus majeurs : *si ad alias nuptias forte transierit, fratres eligant cui dignius puer vel puella jungatur*. Si les frères du jeune homme ou de la jeune fille sont mineurs, c'est aux proches *tam de patre quam de matre* d'exercer les prérogatives maternelles. La loi burgonde qui consacre la *potestas* de la mère veuve, laisse conclure à l'exigence

(1) G. de Tours, IX, 20.

(2) G. de Tours, III, 6 et 18.

(3) Wis., liv. III, tit. 17.

de son consentement au mariage des enfants, mais *si nubere, electa castitate, distulerit* (1). Muettes, les lois franques ne permettent de rien affirmer de positif. Si nous lisons Grégoire de Tours, le doute persiste : Amalaric, il est vrai demande la main d'une fille de Clovis, non pas à Clotilde, mais à ses fils (2) ; c'est Childebert II, son frère, non pas sa mère Brunehaut, qui marie Clodosinde à Recared (3). Mais d'une part il est tout naturel que les ambassadeurs envoyés par Recared présentent leur message au roi Childebert II ; chargés d'une mission officielle ils ignorent Brunehaut, mais cette femme turbulente ne sera pas sans dicter à son fils sa volonté. Quant aux fils de Clovis, eux aussi seront seuls connus d'Amalaric, roi des Wisigoths, Clotilde ne règne pas, mais ses enfants ; il est assez invraisemblable que la veuve du roi Franc demeure étrangère au mariage de sa fille, que celle-ci soit, contre le consentement matériel, l'épouse d'Almaric. Chez les Francs la mère jadis associée du mari pour le pouvoir domestique ne va point perdre, une fois veuve, les attributs de sa puissance. N'a-t-elle pas, outre la garde, les prérogatives d'une tutrice, n'apparaît-il pas dans Grégoire de Tours que la mère peut régir la tutelle de ses enfants incapables ? Comment dès lors conjecturer pour leur mariage la nullité de son intervention.

C'est qu'en effet la veuve franque, protégée par son

(1) Burg., tit. 59.

(2) G. de Tours, III, 1.

(3) G. de Tours, IX, 20.

frère, par ses proches peut aspirer à la tutelle, Brunehaut et Frédégonde furent les vraies tutrices de leurs fils Childébert II et Clotaire II (1). La veuve de Dagobert, la veuve de Clotaire III furent tutrices de leurs enfants, nous les voyons en de nombreux diplômes intervenir comme un tuteur romain, donner *auctoritas* véritable aux actes des pupilles (2). Certes il arrivera souvent que la mère malgré l'appui moral des évêques, malgré la protection d'un Charlemagne se dérobe aux périls de la tutelle. Même sous les Carolingiens le sort des orphelins et veuves semble très mal assuré, la mère et ses enfants se mettront sous la sauvegarde d'autrui (3). Mais rien, sauf les troubles des temps, ne s'oppose à ce qu'une mère prenne en main les intérêts matériels de ses filles ou fils.

La loi Burgonde, la loi des Wisigoths (4) contiennent sur la tutelle de la mère de très explicites dispositions : *Si mater tutelam suscipere voluerit, nullo ei parentela praeponatur. Mater eorum tutelam, si voluerit, suscipiat*. Ce n'est plus comme à Rome la préférence des légitimes ou testamentaires tuteurs. Si la mère veut devenir tutrice, personne ne lui sera préféré. A part cela

(1) Ch. Lefebvre, *Introd. au dr. matrim.*, 13^e cours, p. 335.

(2) V. dans les *Monumenta Germaniae* de Pertz, *Diplomata*, les pièces nos 18, 25, 32, 33, 39, 40. — Pardessus, *Diplomata*, nos 294, 340, 343, 336, 330, 329.

(3) Cap. II, a. 802, c. 20, 23 (Walter, t. II, p. 170 ; Cap. I, a. 802, c. 5. (Walter, *id.*, p. 159.

(4) Burg., tit. 35 et 59 ; Wis., liv. III, tit. 17 et liv. IV, tit. 3, 3.

nous retrouvons les règles romaines, chrétiennement inspirées : *si nubere electa castitate distulerit — si tamen in viduitate permanserit* : les secondes noces lui font perdre la tutelle. Chez les Wisigoths inventaire doit être dressé des biens du pupille. Nous avons ailleurs suffisamment marqué l'empreinte romano-chrétienne sur cette reconnaissance légale des privilèges maternels et noté que les principes du droit germanique n'y répugnaient guère.

Quant aux sujets gallo-romains du royaume, du moins alors que régnait le principe de la personnalité des lois, ils étaient régis par la *lex romana Wisigothorum* et la *lex romana Burgundionum*. Le premier de ces textes reproduit avec assez de pureté le droit théodosien, l'*Interpretatio* dont ses rédacteurs wisigoths l'accompagnent, ne modifie ni l'esprit, ni les décisions de la *Constitutio* de Valentinien, Théodose et Arcadius. Mais la *lex romana Burgundionum* brise la rigueur des lois romaines : au premier rang des tuteurs légitimes, avant tous agnats figure la mère : *Tutores legitimi agnati sunt..., quibus omnibus mater, si tutelam voluerit, licito et jure praepositur* (1).

§ 2. — Droits et devoirs maternels quant aux biens.

Quels furent durant la période franque les droits et devoirs de la mère quant aux biens ?

(1) *Lex rom. Burg.*, tit. 36. 4.

Pendant la vie du père, la mère peut librement donner à ses enfants sur sa cassette personnelle, témoin ce curieux passage dans Grégoire de Tours. « Chilpéric célébra les noces de sa fille. Puis il la remit aux ambassadeurs des Goths et lui donna de grands trésors ; et la mère y ajouta une si grande quantité d'or et d'argent ou d'habits précieux, que le roi en les apercevant pensa qu'il ne lui restait plus rien. La reine le voyant mécontent se tourna vers les Francs et parla ainsi : Ne croyez pas, ô guerriers, qu'il y ait rien ici des trésors des rois précédents. Tout ce que vous voyez est pris dans ce que je possède en propre, car le très glorieux roi m'a fait beaucoup de largesses et j'y ai ajouté le fruit de mon propre travail, acquérant de grands biens, tant en fruits qu'en revenus pécuniaires au moyen des domaines qui m'ont été concédés. Vous-mêmes vous m'avez fort enrichie de vos présents ; les objets exposés en ce moment sous vos yeux en sont une partie, mais il ne se trouve rien provenant des trésors publics. » Ainsi fut abusé l'esprit du roi (1).

La mère sur ses biens personnels constituera dot valable à sa fille.

Injustement répudiée, nous avons vu la mère burgonde jouir avec ses enfants de la fortune de son mari.

Veuve la mère toujours conserve la dot à elle constituée par son mari défunt, mais à charge de la conserver intacte pour ses fils, sans en rien distraire par vente ou donation. L'on peut dire que cette dot est au profit des

(1) Grégoire de Tours, VI, 45.

enfants grevés d'une substitution, leur mère en possède l'usufruit, non la propriété : *Ut dotem quem anterior maritus dedit filii sui post obitum matris sine ullum consortium sibi vindicent ac defendant de qua dotem mater nec vendere nec donare praesumat* (1).

L'on peut conjecturer d'après la loi Gombette, que la mère en sa qualité de tutrice jouit légalement des biens de ses enfants. En tous cas elle a certains droits sur ce qu'ils recueillent dans la succession paternelle. Chez les Burgondes la veuve a l'usufruit du quart des biens, si n'ayant pas recueilli la succession de ses propres parents, ni rien reçu de son mari, ses fils majeurs refusent de la prendre avec eux. Chez les Wisigoths son usufruit n'est que d'une part virile (2).

Des mesures favorables pour les enfants du premier lit seront prises contre leur mère remariée. Le droit franc, sous la bienfaisante influence du christianisme, n'encourage pas les seconds mariages.

Le fiancé d'une veuve (3) se doit présenter *in malto* devant le centenier, payer le *reipus* (droit fixe de trois sous et un denier) au plus proche parent du premier mari. De son côté *ut pacem habeat parentum* (4) la veuve mère ne garde sa dot dans cette hypothèse qu'en leur en sacrifiant le dixième (*achasius*). Cette dot *quem anterior maritus*

(1) Cap. I, 7.

(2) Burg., 62, 74, 1 : Wis., IV, 41, 44.

(3) *Loi salique*, tit. XLIV.

(4) Tit. VII *des Capita extravagantia*.

dedit reste inaliénable, *mater nec vendere, nec donare praesummat*, doit un jour devenir exclusive propriété des enfants du premier lit (1). N'est-ce pas semblable mesure à la fameuse *constitutio feminae* de l'empereur Théodose.

La loi des Wisigoths est encore plus rigoureuse. La mère qui se remarie *intra annum luctus* devra laisser aux enfants du premier lit moitié de ses biens. *Si una mulier post mortem mariti sui, se alii intra annum conjunxerit...*, *mediatem rerum suarum filii sui ex priori conjugio procreati recipiant* (2). Dans tous les cas elle perd l'usufruit qui lui est accordé sur les biens de leur père pour une part virile : *Quod si mater ad alias nuptias forte transierit, ex ea die usufructuariam portionem quam de bonis mariti fuerit consecuta, filii inter reliquas res paternas qui ex eo nati sunt conjugio, vindicabunt* (3).

Chez les Burgondes la veuve qui se remarie, perd au profit de ses enfants du premier lit, propriété de la dot à elle donnée par son défunt mari : *donationem nuptialem possideat usufructu* (4). Le morgengabe ne lui appartient plus : *De morgengabe vero quod priori lege statutum est permaneat... Ceterum, si emenso anno vel*

(1) Cf. Morel, *Protection légale des enfants du 1^{er} lit*, thèse Paris, p. 73 et s.

(2) L. Wis., lib. III, tit. 2, cap. 1.

(3) L. Wis., lib. IV, tit. 2, cap. 14.

(4) L. Burg., tit. XXIV, § 1.

biennio maritum voluerit accipere, omnia, sicut dictum est, quae de priori marito habuit, derelinquat : pretium quod de nuptiis ejus inferendum est, accipiat.
Seul lui reste le *pretium nuptiale* (1).

Les Gallo-Romains, tant que dure le principe du droit personnel, demeurent régis en cette matière par le Code Théodosien que nous vîmes si défavorable aux seconds mariages.

§ 3. — Système successoral entre la mère et les enfants.

Examinons enfin les droits réciproques de succession entre la mère et l'enfant.

Le *wehrgeld* dû pour le meurtre de l'enfant n'est payé jamais à la mère, sur ce point nous nous sommes expliqué (2).

De même nous ne ferons que rappeler la préférence maternelle sur les biens mobiliers laissés par le défunt. Au contact de mœurs gallo-romaines, la propriété foncière s'ouvrit largement aux envahisseurs francs dans les Gaules où dominaient les principes romains de propriété. Les Saliens et Ripuaires se partagèrent les domaines du fisc impérial, la propriété privée des terres fut admise par les tribus franques. Dès lors se restreignit au foyer ancestral l'inaptitude des femmes à recueillir les succes-

(1) L. Burg., tit. XLII, § 2.

(2) V. ch. III, 3^e paragraphe de notre 1^{re} partie.

sions immobilières. Vestige du droit antérieur à la conquête, la *lex Salica* primitive fut modifiée par Charlemagne, sur tous les biens de ses enfants la mère vint concourir avec le père, son droit exclusif sur les meubles disparut : *Si quis homo mortuus fuerit et filios non dimiserit, si pater aut mater suferfuerint ipsi in hereditate succedant* (1). De cent ans postérieure au texte primitif de la loi salique, la loi ripuaire fait déjà venir en concours à la succession de leur enfant mort sans postérité les père et mère (2).

A la succession maternelle, filles et fils viennent concourir : mais en ligne directe descendante pas de représentation possible. La loi burgonde toutefois fait aux filles et fils deux parts de l'héritage maternel : les immeubles iront aux fils, les meubles aux filles.

Le testament s'introduit dans les mœurs, mais la mère ne peut disposer que d'une quotité très restreinte : $\frac{1}{5}$ au profit d'un fils ou d'un petit-fils. Il n'y a d'exception qu'au cas où les enfants en se rendant coupables de fautes très graves à son égard s'exposeraient à une exhérédation justifiée. Les $\frac{3}{4}$ de sa dot doivent faire retour aux enfants issus du mariage en vue duquel elle a été constituée ; $\frac{1}{4}$ seulement reste à la discrétion de la mère (3).

Si les droits héréditaires des enfants sont protégés,

(1) *Lex emendata*.

(2) L. Rip., tit. LVI, *de alodibus*, 4.

(3) L. Wis., IV, 5, c. 4 ; Walter, p. 504.

ceux de leur mère le sont moins. Vers 690 nous voyons un fils ne léguer à sa mère que de l'usufruit (Pardessus, t. II, p. 211 ; Tardif, *Cartons des rois*, n° 26, p. 21 : *ipsa villa Ghinnachario dulcissimae genitricae nostrae Iddaneae, husufructo dum advixerit tantum, supra-scripta villa Ghinnachario possideat*).

« A partir des dernières années du viii^e siècle et surtout du ix^e, écrit M. Henry Auffroy (1), la situation devient plus nette. Aucune réserve n'est assurée aux proches. Il semble que même pour les enfants une solution identique ait prévalu... Un concile de Mayence (*Capitula concilii Magentiae habiti* 826-27-VI ; Bor, t. I, 1, p. 312) prévoit l'hypothèse d'une exhérédation totale des enfants au moyen d'une série de traditions effectuées par les parents (*patres vel matres*) ; les évêques réunis essaient de venir au secours de ces déshérités, mais en termes qui montrent bien la possibilité légale de l'éventualité dont ils s'occupent. »

Ces abus exposent les bénéficiaires aux violences plus ou moins justifiables des héritiers dépouillés. Pour éviter ces scandales les disposants font presque toujours approuver leurs dons aux tiers par leurs proches susceptibles lesquels interviennent dans l'acte.

§ 4. — Famille servile.

Le christianisme poursuit à l'époque franque le relè-

(1) Henry-Auffroy, thèse déjà citée, p. 336 et suiv.

vement de la famille servile déjà commencé sous les empereurs romains. Ses efforts multipliés, parfois stériles, finiront par faire respecter, parmi les Barbares venus en Gaule, le mariage du serf. Nous ne saurions être complet sans parler des droits et devoirs de la mère serve, comme aussi de la mère libre épouse d'un serf.

Sourds à la voix des prêtres, suivant l'exemple royal, les premiers Francs n'hésitent pas à disperser au gré de leurs caprices, au gré de leurs intérêts les familles serviles. Chilpéric ayant fiancé sa fille Rigonthe au roi Récarède, lui donnera nombreux esclaves qui la devront suivre en Espagne. « Rentré à Paris, raconte Grégoire de Tours, le roi ordonna d'enlever de nombreuses familles dans les maisons du fisc et de les embarquer dans des chariots. Beaucoup pleuraient et ne voulaient pas partir. Il les fit mettre en prison pour pouvoir plus facilement les envoyer avec sa fille. Beaucoup d'entre eux, voyant qu'ils allaient être arrachés à leurs parents, se pendirent de désespoir. Le fils était séparé de son père, la mère de sa fille. Ils partaient en gémissant et en maudissant leurs oppresseurs (1). »

Lettres mortes restent les constitutions de Constantin que l'interprète goth du Code Théodosien voudrait étendre aux domaines particuliers.

L'influence des conciles (2), même aux temps mérovin-

(1) Grég. de Tours, VI, 45.

(2) Cf. de Grenédan, thèse sur *l'Hist. de la puiss. pat.*, p. 304 et suiv.

giens, ne fut pas malgré tout sans force. Dès le vi^e siècle l'on peut signaler dans les formulaires des *epistulae conculatoriae*, le maître parfois concède à l'esclave privilégié de faire souche d'hommes libres, a soin d'aliéner ou d'affranchir avec l'esclave sa femme et ses enfants. Mais si plus tard, en 758, le décret de Verberie témoigne toujours l'impuissance des évêques, celui de Châlons en 813 montre leur victoire que sanctionne sous Charlemagne la loi civile. Voici le langage (Conc. Cabill. a, 813, c. 4 ; Labbé, VII, p. 1278) des évêques assemblés à Châlons : « On nous a rapporté, disent-ils, que certains maîtres abusent de leur pouvoir et rompent le mariage légitime de leurs esclaves, sans tenir compte de la parole évangélique : « Que l'homme ne sépare pas ce que Dieu a uni ». C'est pourquoi nous jugeons à propos d'interdire de semblables ruptures même lorsque les deux époux n'appartiennent pas au même maître ; que chacun d'eux serve le sien sans préjudice de leur union. »

Il serait curieux de savoir comment se répartissent les enfants dans le cas où leurs père et mère ne sont pas soumis au même maître. Une formule angevine des temps mérovingiens laisse percer cet usage d'en laisser les 2/3 au propriétaire de la mère, celui du père prenant les 2/3 des pécules (1). Dans le Polyptique d'Irminon les enfants semblent toujours appartenir au maître de leur mère. Il est fort probable que, du moins en leur jeune âge, ces

(1) *Form. Andegav*, 44 (Giraud, II, p. 452).

derniers n'étaient pas séparés de leurs parents ; l'esprit du décret de Châlons le laisse entendre.

Qu'advenait-il de la mère libre épouse d'un serf.

Les deux lois franques sont rigoureuses pour la femme libre qui épouse l'esclave d'autrui. La *lex salica* (1) lui fait perdre sa liberté : *Ingenua, si servo alieno, in conjugio acceperit, in servitio permaneat*. La loi ripuaire (2) plus cruelle la met dans l'alternative suivante : on présente à la femme un glaive et une quenouille ; prend-elle le glaive, elle s'en doit servir sur-le-champ pour tuer l'esclave ; prend-elle la quenouille, elle est avec lui réduite en servitude.

Ces règles barbares finirent sans doute par tomber en désuétude ; elles étaient d'ailleurs étrangères aux mariages contractés par une femme avec un homme non pas esclave, mais inférieur en condition. Bien plus, la femme, même chez les Francs, pouvait garder sa liberté grâce aux *epistulae conculcatoriae*, permis de mariage que lui signait le maître de l'esclave. Aux enfants à naître de cette union le maître conférait souvent la liberté.

En mariages inégaux, vers le ix^e siècle, sur les terres de Saint-Germain-des-Prés la condition des enfants dépendait, au moins en grande partie, de celle de la mère. « Cet usage, écrit M. Guérard, s'il n'était pas général et fondé sur l'ancien droit romain, pourrait à la rigueur s'expliquer par les privilèges dont jouissaient les monas-

(1) L. Sal., 1^{er} texte, XXV, 3, 4, 5 et 6.

(2) L. Rip., 58, 18.

lères. Les serfs ecclésiastiques ayant, comme les fiscalins ou serfs du roi, plus de droits que les autres serfs, et les terres des églises et des abbayes étant assimilées aux terres du fisc, il est permis de supposer avec assez de vraisemblance, que le droit spécial d'où sont émanées la loi de Constantin et celles des empereurs Gratien, Valentinien et Théodose, a régné, pendant le moyen âge (comme aussi, dirons-nous, sous les rois Carolingiens), dans les terres ecclésiastiques, comme il avait régné précédemment dans celles du fisc ou des empereurs (1). »

Les enfants étaient donc lides, colons, serfs, selon que leur mère était lide, colonne ou serve. La condition de la mère empirait ou relevait celle de l'enfant.

(1) *Polyptique d'Irminon*, publié par Longnon. Introduction, p. 46 et suiv.

TROISIÈME PARTIE

PÉRIODE FÉODALE

(x^e au xiv^e siècle).

CHAPITRE UNIQUE

CONDITION DE LA MÈRE DANS LA FRANCE FÉODALE.

« Honneur à Dieu et aux femmes ! telle est la devise traditionnelle, écrit M. P. Gide, qui, durant tout le moyen âge a retenti, dans les combats comme dans les fêtes, chez tous les peuples de race germane. Ce sentiment enthousiaste, cette espèce de culte pour la femme que Tacite signalait comme un des caractères particuliers de la Germanie primitive, est devenu l'un des traits les plus caractéristiques des sociétés modernes : il a créé une littérature, des mœurs, des habitudes sociales dont l'antiquité n'eut jamais l'idée, et, en agissant sur les mœurs, il a agit aussi sur les lois (1). »

Sous le plus noble de ses reflets juridiques nous ver-

(1) Gide, *Condition privée de la femme*, p. 214.

rons ce culte se manifester ; mère, la femme féodale nous apparaîtra l'égale du fier baron, gouvernante de ses jeunes fils, maîtresse dans le manoir. Jamais plus honorée, plus puissante qu'en ces temps moyennageux fut la compagne, la mère du chevalier. L'Eglise qui courba les ru-des Barbares aux pieds d'une vierge, qui leur fit respecter dans la mère du Sauveur les plus pures vertus de la femme ne fut pas sans idéaliser leur amour d'époux et de fils.

« Il n'est pas douteux pour aucun historien de bonne foi, dit M. Ch. Lefebvre (1), que le christianisme et son église ont eu, surtout au moyen âge, une part des plus larges dans toute notre civilisation française. Il n'est pas à douter davantage, avec la foi profonde et unanime de nos pères durant tant de siècles, qu'ils devaient tendre à ordonner leur droit comme leur vie elle-même, dans le sens des préceptes chrétiens. »

Les chevaliers qu'un Saint-Bernard poussait à la croisade, « s'estimaient heureux de posséder dans le pommeau de leurs épées, quelque relique de la Vierge sainte, et lui dédiaient cette veillée qui précédait leur adoubement. Ils honoraient davantage leurs « jurées et leurs » « pers », en pensant à cette mère de Dieu qu'ils aimaient d'un amour grave. Outrager une femme, c'était outrager son modèle et son type céleste, et le plus brutal y regardait à deux

(1) Ch. Lefebvre, *Introd. au droit matrim. français*, 46^e cours, p. 401.

fois ». Ainsi s'exprime en son beau livre sur la chevalerie, M. Gautier (1).

Si sublime idéal devait prendre corps en des coutumes favorables aux femmes, respectueuses de l'épouse, de la mère.

Quand le seigneur, reclus au fond de son château perché comme un nid d'aigle, ne courait pas aventureuses chevauchées, il ne trouvait pour occuper sa vie et son cœur que la mère de ses enfants. Aussi se vinrent resserrer les nœuds de la famille, la compagne du baron partagea sa puissance. En ses absences longues il laissait au manoir une gardienne très aimée de ses filles et fils, une régente sûre. « Elle y restait maîtresse, dit M. Guizot (2), châtelaine représentant son mari, chargée en son absence de la défense et de l'honneur du fief. Cette situation élevée et presque souveraine, au sein même de la vie domestique, a souvent donné aux femmes de l'époque féodale, une dignité, un courage, des vertus, un éclat qu'elles n'avaient point déployés ailleurs, elle a sans doute puissamment contribué à leur développement moral et au progrès de leur condition. »

Serfs et vilains subirent eux aussi cette religieuse influence qui partout faisait relever la condition légale de l'épouse, de la mère.

Nous verrons ces mœurs de nos ancêtres se venir refléter sur la reconnaissance juridique des droits et devoirs maternels aux temps féodaux.

(1) Gautier, *La chevalerie*, p. 360.

(2) Guizot, *Hist de la civilisation en Europe et en France*.

§ 1. — Droits et devoirs maternels quant
à la personne.

Dès l'aurore du moyen âge la mère partage la *main-bournie*, l'autorité du père ; Beaumanoir, Jacques d'Ableiges et bien d'autres reconnaissent la gouverne commune des parents. Pour ne citer que le Livre de Jostice et Plet (1), ne dit-il pas : « *Et cil dit li roisque nos enfanz sont en notre poer... et les mères les ont ausit.* » Certes c'est en première ligne au chef de famille d'exercer la puissance domestique, mais sa compagne vient en corriger la possible rigueur.

Etudions tout d'abord les rapports de la mère et de l'enfant qui toujours les mêmes survivent à la dissolution du mariage.

La mère comme le père doit être vénérée par ses enfants. « *Qui par felon courage, écrit Boutillier, envoie à sa mère lettres par le vilain propos, chet en amende de dix sols, selon les coutumes anciennes. Mais pour ce que le Roy nostre Sire est Empereur en son royaume, pour ce peut faire loy et edict à son plaisir et sur ce a ordonné à estre mis à l'eschelle par trois jours et puis bannis de sa province.* Les Fors de Béarn qui nous relatent de très vieux usages prononcent contre le fils ou la fille coupable de « *faits ou dist* » envers sa mère cinquante besans d'amende (2).

(1) Jostice et Plet, édition Rapetti, liv. I, chap. ix, § 2.

(2) *Somme Rural*, II, 40 ; Fors de Morlaas, 182, p. 159.

L'enfant ne peut appeler sa mère en justice : « *sanz la volonte au seignor ou au prevost* » (1).

Durant le mariage, en face de ceux du père, quels seront les droits et devoirs reconnus à la mère.

« *Peres et meres ont leurs enfans avec aus en leur garde ou en leur mainbournie* », dira Beaumanoir. Jamais seul le père interviendra pour ses enfants, l'autorité paternelle en fait comme en droit sera commune aux père et mère toujours associés par les textes dans toutes les graves mesures. Ce n'est pas qu'il faille nier la prédominance du mari sur la femme si leurs avis diffèrent, mais même alors contre les abus, les injustices du chef de famille la mère pourra défendre ses enfants.

La volonté du père quant aux malentendus ou discordes qui se peuvent élever sur la direction des enfants primera celle de la mère. Il faut au foyer familial un maître qui tranche les difficultés quotidiennes, c'est au père d'imposer ses vues, mais non pas en despote. Nos vieux coutumiers consacrent la mission seconde, mais digne, que le christianisme vient assigner à la femme. Soumise auprès de l'époux, sa collaboratrice, elle se doit incliner lorsqu'il *commande raisonnablement*, mais sur toutes choses son devoir est de protéger l'enfant : si le père « *ne livre pas soufisant soustenance as enfans selonc leur estat* », s'il est indigne et leur « *mène mauvaise vie* », s'il est « *de fol maintenant* » et n'a en lui « *ne conseil ne*

(1) Jostice et Plet, liv. II, ch. iv, § 3.

areance » la mère pourra réclamer en justice la déchéance paternelle. Beaumanoir qui reconnaît à la mort de l'un des époux le droit pour la parenté tout entière de requérir en justice que l'enfant soit « *osté de la garde et de la compaignie au père ou à la mère* » indigne, reconnaît *a fortiori* le droit pour l'épouse d'obtenir auprès des juges sauvegarde de son enfant.

La mère au moyen âge serait donc mieux qu'au ^{xx}^e siècle admise à se plaindre des abus du père. « Car, écrit M. Ch. Lefebvre, c'est une chose étrange dans notre droit et contraire même à l'idée de cette troisième communauté, la plus haute et la plus précieuse, qu'il ne semble formulé nulle part *un droit propre*, pour l'épouse, de réclamer en justice la sauvegarde de son enfant, tandis qu'elle a les séparations de corps et de biens sous les deux aspects de l'association conjugale » (1).

Dans cette œuvre si grave de l'éducation la mère prend une part active et partage les responsabilités du père : « *Quand peres et mere ont leurs enfans avec aus en leur garde ou en leur mainbournie, et li enfant font aucun mesfet* » (2) tous deux doivent répondre des actes dommageables commis par ces derniers.

Elle pourra, comme lui, semondre et corriger ses filles ou fils. Peut-être cependant se verra-t-elle forcée d'intercéder, en leur faveur, auprès d'un père trop brutal.

(1) Ch. Lefebvre, *La coutume française du mariage au temps de Saint-Louis*.

(2) Beaumanoir, édit. Salmon, ch. XXII, n° 640.

S'agit-il d'émanciper l'enfant, nous la voyons agir avec son mari : *li peres et la mere pueent mettre leur enfans, à la mesure qu'il viennent en aage, hors de leur main et hors de leur pot et de lor mainbournie, ou par ans, ou par mariage, ou par envoyer les servir hors d'entour aus, ou par donner lor partie de terre de laquelle ils se chevissent sans fraude* (1).

Le consentement maternel sera requis pour le mariage bien qu'en droit seul compte celui du père au cas de divergence. D'ailleurs le *consensus parentum* ne serait pas indispensable pour sa validité ; Pierre Lombard, au ^{xn}^e siècle, Innocent III, au début du ^{xiii}^e siècle, puis tous les canonistes le proclament (2).

Le père est-il fou, absent, déchu de sa puissance, la mère prend alors les rênes du pouvoir domestique.

Si li pères est forcenez et la mère est sage, lisons-nous dans Jostice et Plet (3), *parce ne remaint pas que li enfes ne soit ou poer son père et sa mère*. Or comme le père se trouve hors d'état d'exercer ce « *poer* », c'est la mère qui dirigera seule ses enfants, sa volonté qui jadis se devait incliner devant une volonté supérieure s'imposera.

Dans ces trois hypothèses : folie, absence, indignité du père, sa femme aura les mêmes droits qu'une fois veuve, tout le porte à conjecturer.

(1) Beaumanoir, *Edit. Salmon*, ch. XXI, n° 640.

(2) P. Viollet, *Hist. du dr. civ.*, p. 406.

(3) Jostice et Plet, liv. II, ch. ix, § 5.

Si les époux se séparent de corps, qu'advient-il des enfants. Les *Assises de Jérusalem* posent au sujet de leur garde règles fort curieuses. Jusqu'à sept ans *ipso jure* la mère en prendra soin, mais le père doit subvenir à leur entretien. A l'âge de sept ans, le père les peut réclamer ; s'ils ne veulent venir à lui, si la mère refuse de les céder, le juge *cognita causa* décide à qui les confier jusqu'à leur douzième année. Passé cet âge, ils seront libres d'aller vivre soit chez leur père, soit chez leur mère, soit chez un autre parent : « *S'il avient*, disent les *Assises*, *que uns hons se soit partis de sa moillier par aucune juste raison et ils ont enfans eu, la raison commande que ce les enfans sont menors de treis ans, il les doit nourrir la mere jusques ils aient sept ans ; et le père lor doit donner d'ou cien à manger et à berre, et à vestir, et à chausser et tous lors estouviers. Mais si lor mere est malade de meselerie, ou dou grant maou, la raison coumande quelle ne doit nul nourrir des enfans, mais le pere, por ce que tost porret ocire ou mahaigner aucun de ces enfans, ou par la maladie ou par la meselerie qui mout tost.*

Mais ce elle n'en a nule de cestes choses, si com est mezele, ni dou mauvais maou, bien les peut nourrir jusques as sept ans, si come est dit desus, les despenses dou père segond se qu'il porra.

Et puis si le pere les voisist prendre et il ne voisissent aler au père, ou la mere ne les voisist baillier por ce qu'il avest pris autre feme ou par autre juste raison,

le dreit coumande que les jurés devent esgarder et entendre le fait dou pere et de la mere et la ou il vorront que les enfans seroient miaux, la les deivent laisser jusques ils aient douze ans. Et puis ont poer d'aller estre o le pere ou o le mere, ou o qui que il vorront par dreit et par l'assise (1).

Beumanoir laisse à la garde exclusive de la mère les enfants jusqu'à sept ans, moitié de leur « resnable sous-tenance » doit provenir du père. Ont-ils sept ans, le père pourra garder deux enfants sur quatre, trois sur six, etc., moitié de leur entretien incombe à la mère. Dans l'hypothèse d'un fils ou fille unique, la garde ne peut être refusée au père. Mais toujours c'est le juge qui pourvoit selon l'équité, il est sans doute maître de déroger à certaines des règles. Voici d'ailleurs le texte relatif à notre sujet : « ..s'ils ont enfans qui aient VII ans passé, li père doit avoir la garde de la moitié des enfans ; et s'il n'en i a qu'un si l'a il s'il veut, et la mere i doit mettre la moitié au nourir ; et se li enfant sont dessous sept ans, la garde en doit être bailliée a la mere, et li peres doit paier la moitié de leur resnable soustenance. Et tuit tel cas quant il avienent doivent estre pourveu par l'estimacion de loiaus juges (2). »

Boutillier en sa *Somme Rural* affirme plus nettement les droits de la mère innocente : « *Schachez, dit-il, que*

(1) *Assises de Jérusalem*, Cour des Bourgeois, ch. CLXXV, p. 118, édit. Beugnot.

(2) Beumanoir, ch. LVII, n° 1639.

si enfans y a, et le divorce vienne par la coulpe du mary, ses enfans doivent estre à la gouverne de la mere, la despense du mary. S'ainsy n'estoit que le divorce fust perpetuelle, et la femme se remariast. Et au cas qu'elle se remarieroit, les enfans doivent estre à la gouverne des amis d'un coté et d'autre, aux despens de pere et de mere, et si le divorce venoit par la coulpe de la femme: lors demeureroient les enfans au gouvernement du pere, aux despens de la mere si riche estoit la portion, et que faire le puist. Sinon ce doit demeurer à la discretion du juge, par le conseil des amis charnels, à prendre tant sur l'un costé que sur l'autre, et le plus au plus riche. Toutefois il faut considérer par quelle coulpe le divorce vient, car iceluy le doit plus supporter et avoir charge (1). »

Devenue veuve la mère sera gardienne exclusive de ses enfans. Les textes abondent pour consacrer la garde et mainbournie maternelle. « *Quand peres et mere ont enfans et li peres muert où la mere tant seulement, et il i a fief de par le mort, cil qui demeure, soit li peres soit la mere, a la garde de ses enfans et du fief.* » Chargée, comme nous le verrons, d'administrer les biens de ses filles et fils, la veuve gouvernera leur personne. Mais ses droits toutefois ne seront pas sans subir des atteintes sensibles surtout produites par le régime féodal.

(1) Boutillier, *Somme Rural*, édit. Charondas, p. 731.

Abuse-t-elle de son autorité, ses enfants lui seront enlevés. Déjà durant le mariage, les père et mère indignes se voyaient contraints à laisser en mains tierces l'enfant. « *Il fut jugié (par l'Echiquier de Rouen, Saint Jean « 1245), lisons-nous dans le Recueil de Marnier », que Guillaume de Sanclin chevalier et sa fame doivent rendre leur fille qui estoit en la garde Robert de Canteloir, el lieu et en la meson où il la prinstrent par force, et se il ne le font, ill i seront contrainst ; et sont en merci par la force qu'il firent de nuiz (1).* » La gouverne de l'époux survivant sera soumise au contrôle judiciaire.

Beaumanoir cite plusieurs cas : « *par lesqueus ou par aucun desqueus la justice, a la requeste des parens as enfans, les doist oster de la garde et de la compaignie au pere ou a la mere, quant li enfant n'ont fors le pere ou la mere* ». La mère ne livre-t-elle pas souffisant sous-tenance as enfans selonc leur estat et selonc ce qu'elle en tient ; accusée de cas de crime, n'a-t-elle pas prouvé sa parfaite innocence, est-elle de fol maintenant ses enfants sont-ils maltraités, dans toutes ses hypothèses leur garde personnelle lui sera refusée, enlevée (2).

La veuve qui n'abuse pas de son pouvoir sera libre d'élever ses filles ou fils à sa guise. La femme roturière peut louer leurs services (3).

(1) *Echiquier de Rouen*, Marnier, p. 197.

(2) Beaumanoir, édit. Salmon, ch. xxi, n^{os} 631, 633, 634, 635.

(3) Lire dans Simonnet, *Etudes sur le droit bourguignon* (N. R. H.

La mère a pouvoir d'émanciper l'enfant, mais sous contrôle de la famille ou de justice : selon Beaumanoir. « *Nous disons que, se li peres ou la mere (veuve) les met hors d'entour soi et leur baille tout ce qui leur est venu de par le mort en muebles ou en eritages sans rien retenir, il sont hors de sa mainbournie et de sa compaignie ; et qui le fet en ceste maniere il le doit fere par justice ou par les amis des enfans (1).* »

De même « *Nus ne peut avoer (adopter) autre qui ait pere ou mere, sanz la volonté au pere ou à la mere (2).* »

Sur un point spécial la mère devra subir partage de son autorité. Le droit de marier les enfants, en particulier les filles, sera l'objet de compétitions très vives entre le seigneur, la mère, la famille paternelle.

« Les seigneurs féodaux avaient un intérêt considérable à se ménager de sérieux et fidèles vassaux : un mariage pouvait, en introduisant dans leur mouvance un vassal turbulent, un vassal pauvre ou un vassal trop riche et trop puissant, apporter à leurs intérêts un dommage considérable. Ils exercèrent donc généralement un contrôle sur les mariages. Les familles serves avaient, la plupart du temps, besoin d'autorisations analogues ; et toutes les familles bourgeoises n'étaient pas exemptes de sujétions de ce genre (3). »

D.F.) un acte de novembre 1375 d'après lequel une fille âgée de 14 ans s'engage en service, « *de l'auctorite et licence de sa dite mère en quel gouvernement elle est* ».

(1) Beaumanoir, *ibid.*, n° 640.

(2) Jostice et Plet, liv. I, ch. x, § 7.

(3) P. Viollet, *Hist. du dr. civ. fr.*, p. 441-442.

A l'origine le suzerain marie sa vassale à qui lui plaît, sans même consulter la famille. Mais bientôt l'on arrive à des solutions plus humaines.

Quicumque, porte une ordonnance du roi Saint Louis, sive mater, sive aliquis amicorum, habet custodiam feminae quae sit haeres, debet praestare securitatem domino a quo tenebit in capite quod maritata non erit, nisi de licencia ipsius domini, et sine assensu amicorum.

Ainsi donc tout gardien, la mère comme les autres, doit fournir sûretés suffisantes de ne pas marier sa fille sans l'assentiment du seigneur et des proches. Faute de ce faire la garde passe en d'autres mains (1).

Le livre des *Etablissements* pose les règles suivantes : mère gardienne doit bailler caution, elle ne mariera sa fille que sur *le conseil au seignor et le conseil au lignage devers le pere*.

Le suzerain, les proches paternels, la mère pourront chacun proposer un candidat. Les trois partis en présence s'accordent pour un choix définitif.

« *Quant dame remaint veve, disent les Etablissements, et ele a une fille, et ele affebloie, et li sires veigne à li, à qui ele sera fame lige, et li requiere : « dame je vueil que vous me donez seürté que vos ne marierez vostre fille*

(1) Imbert, p. 249. — Cf. *Echiquier de Normandie* ; Marnier, *St-Michiel à Rouen*, 1233 : *Du gage*. Il fut jugié que la mère peut doner la tierce part de son heritage à qui elle veult, et baillier en gage a marier sa fille, se il li plet jusqu'à la valeur du tiez. — Beaumanoir, ch. XXI, n° 632.

sanz mon conseil, ne sanz le conseil au lignage son père, car ele est fille de mon home lige, et por ce, ne viau je pas qu'ele soit forsconsoillée », il convient que la dame li en doint seürté par droit. Et quant la pucele sera en aage de marier, se la dame trueve adonc qui la li demant, ele doit venir à son seignor et au lignage de vers le pere à la demoiselle et lor doit dire en tel maniere « seignor, l'en me requiert ma fille à donner, et je ne la vueil pas doner sanz vostre conseil, ne ne doi, or i metez bon consoil et loial; car uns tiez hom la me demande — et le doit nomer »; — et se li sires dit: « Je ne vueil mie que cil l'ait car tiez hom la me demande, qui est plus riches et plus gentils hom assez que cil n'est de qui vos parlez, et qui me la prendra volonters — et le doit nomer »; et si li lignages de par le pere dit: « encore savons nos plus riche et plus gentil home que nus de ceux que vos nos avez nommez — et le doit nomer —; « a donc doivent regarder le meillor des III et le plus profitable à la damoiselle. Et cil qui dira le meillor des trois, si en doit estre creüz, que nus ne doit faire lou seurdois par droit. Et se la dame la marioit sanz le consoil au seignor et sanz le consoil au lignage devers le père, puisqu'il li avroit devée, ele em perdrait ses muebles. Et si l'on porroit li sires destraindre par la foi ou par les pleges, se mestiers estoit einçois qu'ele partist de son fié ou de sa foi; et jureroit a dire voir de ses muebles, puis l'ore qu'ele les perdi par jugement; et quand ele les avroit

touz trez avant, si li remaindroit sa robe à chacun jor et sa robe à cointour soi, et joions avenanz, se ele les avoit, à soi coutoier, et ses lis, et sa charrette, et ses ron-cins qui souffrait à aler en ses affaires, par coi ele n'ait point de seignor, et ses palefrois, s'ele la (1). »

De rares coutumes, telle la coutume de Charroux, article 11, rejettent l'intervention du suzerain (2).

Quant au mariage des filles serves ou roturières, l'autorisation seigneuriale se devait subordonner au simple paiement d'une taxe. Mais pour eux subsistait le conseil obligatoire des proches paternels outre la volonté de la mère.

Beaumanoir laisse entendre qu'il en allait de même pour marier les fils.

« Cette obligation de requérir le consentement des seigneurs pour le mariage des héritiers des fiefs, écrit du Cange, ne regardait pas seulement les filles, mais encore les mâles, comme on peut recueillir des Loix des barons d'Ecosse, chapitres 91, 92 et suivants. En France le même a eu lieu, en sorte que les barons, c'est-à-dire ceux qui relevaient immédiatement du roy ne pouvoient pas se marier, ou marier leurs héritiers apparens sans son consentement.

« Nous en avons l'exemple, entre autres, en la personne de Blanche, comtesse de Champagne, que le roi Philippe-Auguste obligea de lui donner des pleges, qu'elle ne

(1) *Etablissements de St-Louis*, liv. I, chap. LVII, édit. Viollet,

(2) Giraud, *Essai sur l'hist. du dr. français*, II, p. 402.

marieroit pas son fils sans son consentement (1). »

Mais pour le suzerain, le danger était moindre que lorsqu'il s'agissait de marier la fille héritière de son homme lige.

Si la mère veuve convolait à de secondes noces, qu'advenait-il de ses droits sur la personne des enfants ?

L'*Echiquier de Normandie* refuse de confier à la femme remariée la personne comme les biens de ses enfants : « *Il fu jugié que puisque fame est mariée, elle n'aura pas la garde de ses enfanz de quel aage que ils soient* » (*Echiquier de Rouen*, Pâques, 1243). Le droit de consentir à leur mariage lui serait enlevé. « *Il fu jugié... que cil qui l'aura en garde, fera sœur ce qu'il ne la mariera pas sans conseil a ses amis de par son pere : et si fu jugié que sa mere qui a pris autre seigneur n'en aura pas la garde* » (*Echiquier de Falaise*, Pâques, 1219) (2).

Mais c'est là droit exceptionnel ; en règle générale, la mère garde toujours avec elle ses enfants du premier lit ; sauf, remarque Beaumanoir, « *s'il est clere chose et aperte que li parastres mene mauvaise vie as enfanz, ou qu'il leur monstre semblant de haine : en cel cas li enfant doivent estre oté de leur main et estre mis en autrui main hors du pouoir au parastre. Aucunes fois, dit-il ailleurs, muevent li contens en mariage par le haine qui li parrastres... ont envers lor fillastres... mais les femes n'ont pooir de fere de lor enfans malgré lor ma-*

(1) Edition P. Viollet, des *Etablissements*.

(2) Edition Marnier, p. 194, p. 136.

ris qui sont lor parrastres si comme li peres fait de ses enfans malgré lor marrastre... Si le haine du mari est sans le coulpe des enfans, il ne fet pas bien ; mais toute voies convient qu'ils wident s'il le plaist, car le mere ne les peut tenir contre sa volonté (1). » Plus tard les textes coutumiers de Mons (*Chef-lieu*, ch. vi) diront bien « *que un parrastre ne peut les enfans de sa femme mettre hors de pain, qu'ils ne soient eagez* », mais sans trouver d'écho. Il est d'évidence que la puissance maritale primera la puissance maternelle. Mais, pensons-nous, le contrôle des proches paternels pour le mariage des filles ou fils ne sera pas inefficace.

La mère veuve peut-elle régir les intérêts matériels de ses enfants mineurs.

Ici nous devons séparément envisager le bail féodal, la garde bourgeoise, les taisibles communautés entre serfs ou gens pauvres.

A la mort du vassal, son trop jeune héritier ne saurait acquitter envers le seigneur suzerain les services de fief. Reprise provisoire de la tenure jusqu'à majorité du mineur par le baron parut nécessaire : ce fut le bail seigneurial. Mais bientôt le droit plus sacré des ascendants triompha de l'égoïsme cupide caché sous le masque des intérêts féodaux ; l'on assura les services de fief, mais l'enfant noble vit ses biens mieux à l'abri : ce fut le bail plus sûr du père, de la mère ou des proches.

(1) Beaumanoir, édit Salmon, ch. xxi, n° 635 ; ch. LVII, nos 7 et 8.

Avant que de relever les droits ou devoirs de la mère baillistre, nous tenons à transcrire ce vestige curieux des privilèges seigneuriaux en Normandie: «*Orphanus heres.* dit le «*Très Ancien Coutumier*», *quoniam debet esse in custodia alicujus, quis eum custodiat? — Mater. — Non. — Quare? — Quia sponsum accipiet et inde filios habebit; filii propter cupiditatem hereditatis habenda, possunt occidere fratrem primogenitum vel heredem, vel sponsus occidere filiastrum suum, ut daret hereditatem filiis propriis. — Quis igitur custodiat eum? consanguinei ejus? — Non. — Quare? — Ne forte morti ejus inhyantes et hereditatem ejus capiendes opprimerent innocentem. Ad hujus modi infidelitatem et crudelitatem evitandam, statutum est orphanum esse in custodia ejus, qui patri orphani fide connexus fuerat per homagium et ligatus. — Quis est ille? Dominus terrae qui hereditatem illam non potest habere in dominio; hujus modi autem heredes de nobili genere multas habent heredes (1). »*

Dès le XI^e siècle (2) l'on trouve trace du bail maternel. Les *Assises de Jérusalem* le viennent plus tard consacrer : «*Baillage ne peut nul avoir se le fie ne li peut escheir, fort que en une manière : ce est se l'eir a pere ou mere ; lequel qu'il ait des deus, celui emporte le baillage de-*

(1) *Très Ancien Coutumier de Normandie*, édit. Tardif, c. XI. *De custodia orphani*.

(2) Cf. Henry Poulet, *Origines coutumières de l'usufruit légal*, thèse Paris, 1899, p. 66.

vant toz les autres parenz par l'assise (1). » Ce n'est pas que partout la mère soit baillistre *de plano* par préférence à tous autres, certains collatéraux la peuvent primer en certaines provinces: les *Etablissements de Saint-Louis* lui préfèrent le frère aîné majeur : « *Elle tendroit le bail de son oir mâle jusques à XXI ans, et le bail de la fille jusques à XV ans, por coi il n'i ait oir mâle* (2). » Mais, sauf exceptions rares, la mère est déclarée capable d'exercer le bail.

Toutefois à l'origine ce droit subit des entraves rigoureuses, suites injustes mais logiques du système féodal. Une femme ne pouvait tenir un fief, impuissante à rendre services *d'ost* et *de cour* ; dès lors que l'on admit l'aptitude féminine pour succéder aux terres nobles, la femme dut « *fere par autrui ce qu'elle ne pot fere de soi* », dès sa majorité, prendre mari qui régisse le fief, en son veuvage trouver nouvel époux qui soit homme lige. La veuve devait choisir entre remariage ou commise de sa tenure. Les mères baillistres de leurs enfants se devaient soumettre à cette dure loi pour conserver le bail.

« *Quand feme*, écrit Jean d'Ibelin, *a et tient fié qui deit servise de cors et elle le tient en irritage ou en baillage, elle en deit le mariage au seignor, par l'assise ou l'usage du reiaume de Jerusalem, de qui elle le tient : Se il la semond ou fait semondre, si comme il deit de prendre baron* (3). »

(1) *Assises de Jérusalem*, Haute Cour, ch. CLXX.

(2) *Etablissements* (P. Viollet), liv. I, ch. XIX.

(3) *Assises de Jérusalem*, Liv. de J. d'Ibelin, ch. 177.

Sitôt passé le « *tens de plor* », le seigneur par triple « *semonse* » sommait sa vassale de prendre baron. Tout d'abord ce fut même à lui seul qu'il appartint de choisir son vassal nouveau, plus tard la veuve put choisir un époux entre trois candidats agréés par le suzerain. Refusait-elle tout mariage, retrait du baillage et saisie du fief sanctionnaient ce refus.

A soixante ans la gardienne ne devait plus le mariage.

Cette exigence allait trop contre la dignité des femmes et l'intérêt des enfants pour survivre aux militaires coutumes des premiers temps féodaux.

Réaction défavorable aux secondes noces ne manqua pas de se produire. Saint Louis, en mai 1246, condamna le parâtre baillistre des enfants à payer au suzerain droit de rachat : *Et si relictæ nobilis, vel alterius feodati se maritet, maritus suus facit hommagium domino, et solvit rachatum. Et rachatum est valor terræ unius anni.* » Mais la veuve baillistre non remariée n'a pas à fournir rachat : « *Relictæ alicujus nobilis, vel alterius feodati habet in Andegavia ballum liberorum suorum et terræ et non facit rachatum, nisi se maritet* (1). » Cette assise rendue pour le Maine et l'Anjou relate même qu'en la première de ces provinces *vidua perdit ballum terræ moventis ex parte patris puerorum, quam cito se maritat*. Ce dernier article ne semble pas avoir engendré coutume générale. Les *Olim* (2) en 1268 attestent

(1) Imbert, p. 249, 1256.

(2) *Olim*, t. 1, p. 726, n° 4

l'obtention toujours possible du bail par une veuve remariée.

L'on se borna tout d'abord à frapper d'une peine pécuniaire les secondes noces à l'instar du roi Saint-Louis : « *Et si la mère qui avoit survécu et que durant son veuvage avoit eu la garde se remarioit il conviendrait que son mary donnât caution de la somme desdits biens meubles restitués pour ce qu'il est tout étranger* (1). » « *Item, dira « l'Ancien style du Chatelet », un parastre aura bien aussi la garde des enfans de sa femme en cas de fiefs, mais il rachètera* (2). »

Toutefois les anciennes Coutumes d'Anjou reproduisent l'ordonnance de 1246, posant règles exceptionnelles pour la province du Maine : « *si la mere n'avoit perdu le bail de ses enfans pour soy remariée* » jamais collatéraux n'y exerçaient la garde. D'ailleurs en Anjou coutumes nouvelles s'introduisirent : tout en conservant la garde des biens, la femme remariée se vit privée de la tutelle des mineurs : ces derniers, sur requête des parents et amis, étaient pourvus en justice d'un tuteur, lequel en général était le frère aîné (3).

On alla plus loin sans absolument faire produire perte du bail au second mariage, il fut en Beauvoisis décidé que « *l'on puet oster enfans hors de la compaignie de*

(1) *Grand coutumier*, liv. 2, ch. xli.

(2) Laurière, *Glossaire*, p. 114.

(3) Beautemps-Beaupré, C. de 1411, p. 413 ; C. de 1437, p. 279 ; C. de 1463, p. 219 et 222. — Cf. *Et. de St-Louis*, liv. 1, ch. xix (t. II, p. 28 et 29).

bail ou de garde a celui qui les tient, si est quand li enfant ont parâstre ou marâtre, et il est clerc coze et aperte que li parrâstre ou le marrastre menent malvese vie as enfans ou qu'il lor monstre samblant de hayne. En tel cas li enfant doivent estre osté de lor main hors du pooir au parrastre ou a la marrastre » (1).

Puis sous la poussée continue de mœurs défavorables aux secondes noces la déchéance du bail se généralisa. *Li Livres de Jostice et de Plet* reproduisent cette règle devenue coutumière lorsqu'ils nous disent : « *tant come li peres et la mere se tient de marier, tant ont de bail ; et qu'il se marient si faut le bail* (2). » Loisel pourra formuler au xvi^e siècle sa maxime : « Bail ou garde se perd par mesurage ou quand le gardien se remarie (3), »

En tant que baillistre, la mère pour compenser les charges féodales pesant sur elle en vertu des services personnels dus par tout vassal au suzerain, jouissait de sérieux avantages.

Elle acquérait la pleine propriété des meubles, faisait siens les fruits et revenus des fiefs sauf à solder, sans possible répétition contre le pupille, toutes dettes grevant le patrimoine de ce dernier : « *Par le moyen et à cause dudit bail, en Vermandois, porte la Coutume, elle a et doibt avoir, et pareillement tous aultrez qui ont*

(1) Beaumanoir, XXI, 15.

(2) Jostice et Plet, liv. X, ch. xxiii.

(3) Loisel, *Instit.*, liv. I, tit. IV, reg. 22.

garde de mineurs dans la tuition, garde, gouvernement et administration desdicts mineurs et de tous leurs heritaiges, prend et acquiert à son prouffict du tout entièrement par le moyen dudict bail tous les biens mœubles et heritaiges et debtes quelconques mobilières qui avoyent et ont lesdicts mineurs au jour dudict bail, et qui durant icelluy leurs escharront ; avec ce prend à son prouffict singulier tous li revenueez, proufficts et esmolumentz desdicts heritaiges d'iceulx mineurs durant leur minorité. Et pareillement tous autrez bailleurs. »

En outre la mère baillistre doit subvenir aux besoins de ses enfants sous-âgés : « *La feme qui a prins ledict bail à cause d'iceluy est tenue de garder, vestir, chausser et entretenir et faire apprendre et instruire lesdicts mineurs selonc leur estat, du tout à ses deppens durant leur minorité* (1). »

A tous les biens sans distinction d'origine s'étend la garde maternelle. Le bail des collatéraux, au contraire, par sa nature successorale, se trouvait soumis à la règle *paterna paternis* (2).

Quant aux tenures roturières possédées par le mineur noble, la mère les administre, mais rarement en jouit. Le droit de garde à l'origine est réel, non personnel (3).

(1) Beautemps-Beaupré, *Coustumes des pays de Vermandois*, ch. XI, nos 280, 282.

(2) Jean d'Ibelin, 170.

(3) Beaumanoir, XXI, 10 ; XV, 7 et 33.

Si la veuve baillistre gère mal la fortune de l'enfant, la garde passe aux collatéraux : « ... *et se ele laissoit la maison dechoir et maumenast la terre li plus prochains des amis et à qui la terre porroit eschoir porroit demander le bail et l'auroit par droit* (1). « Joinville fait dire au prince d'Antioche, âgé de 16 ans : *Sire, il est bien voirsque ma mere me doit encore tenir quatre ans en sa mainbournie ; mais pour ce n'est-il pas droit que elle doie lessier ma terre perdre ni dechoir, et ces choses, sire, di-je, pour ce que la cité d'Antioche se pert entre ses mains* (2) ».

Les autres causes qui font retirer le bail à la mère nous sont connues : ne pourvoir pas suffisamment aux besoins du mineur, refuser de fournir sûreté pour ne le pas marier sans conseil des proches paternels et du suzerain, refuser, du moins à l'origine, de se remarier elle-même. Il faut toutefois ajouter à cette liste le refus d'hommage ou de service, les cas de félonie.

Avant de clore cette esquisse du bail maternel, remarquons avec Beaumanoir (3) que la mère peut renoncer aux émoluments de gardienne pour s'en tenir aux simples droits d'administration. C'est que ces privilèges exorbitants, depuis surtout les services féodaux amoin-

(1) *A. Coutumier d'Artois*, § 7, tit. XXIX, p. 77.

(2) Sire de Joinville, *Hist. de St-Louis*, édit. Natalis de Wailly, p. 187.

(3) Beaumanoir, XV, 31. — Cf. Anc. coutumes de Léon, Péronne, Chaulny, etc.

dris, se trouvaient peu justifiables. A la réforme des Coutumes ils disparurent.

Le bail à la majorité du fils aîné finira : sous la gouverne de leur frère tomberont alors les puînés mineurs encore. Pour les filles, leur seul mariage mettra fin à la garde. Si par mariage les mâles sont émancipés, le bail maternel cessera plus tôt (1).

Sur les vilenages ou diverses tenures possédés par vilsains comme sur terres non nobles possédées par gentils-hommes, la garde se trouvait régie par règles différentes. La femme veuve gardienne gérait les biens de ses enfants suivant principes coutumiers fort opposés d'une province à l'autre.

En principe la mère a préférence sur tous collatéraux pour gérer la garde bourgeoise. Les secondes noces, du moins à l'origine, ne la font pas déchoir de ce droit, mais alors c'est au parâtre d'administrer les biens de ses filiatres. D'ailleurs, mesures hostiles aux seconds mariages, favorables à l'enfant d'un premier lit, sont ici prises comme pour le bail féodal, possible est le transfert de la garde en mains plus sûres.

Certaines Coutumes, en petit nombre, confèrent à la gardienne roturière prérogatives qui la rapprochent beaucoup de la baillistre noble, notamment jouissance des revenus immobiliers, mais non pas propriété des meubles. Cela se peut induire pour la fin du xiv^e siècle

(1) Jean d'Ibelin, CLXXI ; Jostice et Plet, X, 23,3,

de ce texte cité par M. Viollet : « *Les pere et mere... ont à Paris, ès faubourgs et non ailleurs, la garde de leurs enfants mineurs d'age et font les fruiz leurs des heritages d'iceulx mineurs sans rendre compte et ne les acquittent des debtes de leurs predecesseurs, ne se soubs-tiennent leurs heritages. Et a ce lieu durant leur minorité et entre gens de poeste* (1). »

Obligée de restituer les meubles à son enfant majeur, la veuve gardienne doit en faire dresser inventaire. Au cas de remariage son nouveau mari doit fournir caution (2).

C'était là droit exceptionnel applicable à Paris et ses faubourgs, à Calais, dans les Flandres et le Hainaut, dans les Coutumes d'Etampes et Montfort-l'Amaury. En Bourbonnais, Touraine, Lodunois, la mère survivante jouit aussi d'un usufruit légal que lui vaut sa *légitime administration*, très analogue à la garde bourgeoise parisienne.

La grande majorité des Coutumes rejettent cette garde bourgeoise fructuaire. La mère (3) administre sans émolument ni charges. Dettes, entretien des immeubles, personnelles dépenses des mineurs grèvent leur patrimoine. Rendre compte pour l'emploi des revenus, en restituer le reliquat avec les biens eux-mêmes à la majorité du

(1) Texte cité par M. Viollet, *H. du dr. français*, p. 336. — Cf. *Grand Coutumier*, II, 41.

(2) Cf. *Grand Coutumier*, II, 41.

(3) Beaumanoir, XV, 7 et XVI, 2.

pupille, fournir garantie à cet égard, telles sont les seules obligations de tout gardien (1).

« Un assez grand nombre de testaments, écrit M. Guibert dans sa *Monographie sur la famille limousine*, nous montrent les exécuteurs testamentaires ayant mission expresse de recevoir chaque année et d'approuver les comptes de la veuve, jusqu'à la majorité de l'héritier. Plusieurs, notamment celui de Gerald-Brunaud (1270), donnent aux aumôniers le pouvoir d'enlever la gestion du patrimoine à la mère, non seulement dans le cas où elle viendrait à se remarier, mais aussi dans le cas où son administration ne serait pas satisfaisante (2). »

Quant aux serfs et gens pauvres, ils vivent à pain et pot commun en une sorte de *contubernium*. Ce régime des taisybles communautés ne fut pas sans déteindre même sur le système roturier de la garde.

A la mort du père les enfants héritaient de la part indivise laissée par lui. Entre la veuve et les orphelins la communauté se renouait par an et jour ayant comme chef la mère. A ce titre cette dernière percevait les revenus, pourvoyait aux dépenses sans rendre compte, sauf à ne pas dilapider les biens, à subvenir aux besoins des enfants. Les acquêts grossissaient le fonds partageable. Mais à la mère tous actes d'aliénation étaient interdits. Se remariait-elle, avec son nouveau mari se formait communauté nouvelle. A l'origine père-mère, enfants du

(1) Beaumanoir, XXI, 48.

(2) Guibert, *Famille limousine*, p. 35.

premier ou second lit avaient droits égaux, c'était l'affiliation. Toutefois les parts de chacun furent bientôt mieux délimitées : dans certaines Coutumes les enfants ont droit sur moitié des biens communs, ailleurs trois parts sont faites entre les enfants, la mère et le second mari ; très souvent les enfants du premier lit forment dans la communauté une quatrième tête (1).

Avec l'accroissement progressif des fortunes roturières, l'apport de chacun ne tarda pas à se délimiter. Les taisybles communautés tendirent à s'effacer, du moins sous leur forme absolue.

Le survivant des époux put à son gré mettre fin à cette fusion de patrimoines. Au temps de Beaumanoir (2), il fallait cesser vie commune : l'enfant s'en allant vivre au loin après s'être muni de sa part, ou bien se trouvant émancipé par son mariage. La mère veuve, plus récente innovation, pouvait se borner aussi à faire inventaire des biens propres à ses filles ou fils.

Collatéralement à la garde nous avons pu voir en Limousin des exécuteurs testamentaires surveiller la gestion. Plus tard la mère se pourra même voir supplantée par ces sortes de subrogés tuteurs placés à côté d'elle. Ces derniers agiront pour le pupille lorsque ses intérêts seront opposés à ceux de leur gardienne : procéder à l'in-

(1) Coutume de la Ville et Septime de Bourges, de Dun-le-Roi et du pays de Berry, ch. 129 ; Bayonne, tit. IX, 48 ; *Grand Coutumier*, II, 40, p. 366.

(2) Beaumanoir, XXI, 20, 21, 22.

ventaire, liquider la communauté, agir en justice (1). C'est ici notre moderne tutelle commençant à poindre, placée sous la surveillance de la famille et des pouvoirs publics. Ne subsiste de la garde que le droit d'usufruit sur les biens.

Dans certaines Coutumes le survivant des père et mère pouvait désigner tuteur testamentaire. Il s'ensuivait parfois que le testament paternel pouvait écarter la mère de la légitime tutelle (Ord. de Philippe-Auguste de 1197 pour Bourges), sauf contrôle du juge.

§ 2. — Droits et devoirs maternels quant aux biens.

Quels seront les droits et devoirs maternels sur les biens.

Nous avons pu déjà rencontrer l'obligation des parents, puis de la veuve relative à la nourriture, à la soutenance des enfants. Pour de tels frais la mère jamais ne sera remboursée. « *Item*, dit Boutillier, la mère qui donne à ses enfans à mâger, et les nourrist tant qu'ils soient grands, puis aduient que elle veut demander sus eux la nourriture que fait y a, schachez que ce ne peut elle faire car amour et pitié de mère le doit faire. » Par contre les enfants devront secourir la détresse maternelle : M. Simonnet (2) signale de fort curieux actes notariés au xiv^e siècle, par lesquels des enfants s'engagent à recueillir près d'eux leur mère

(1) *Grand Coutumier*, II, 41.

(2) Simonnet, *Etudes sur le droit bourguignon*.

infirmes ou nécessiteuses. *Li Livres de Jostice et Plet* (1) rappellent les devoirs filiaux aux cas de folie du père ou de la mère.

Durant le mariage la mère profite des acquêts réalisés par les enfants ; il en va de même en son veuvage : « Les enfans demeurans avecques le père ou avec la mère, se ils funt aucuns acqueis, ils sont ceux aux père ou à la mère, sans contredire par la Coutume de Paris, ne il ne funt point de compagnie » du moins dans la région parisienne (2).

Mais une fois veuve la mère noble n'aura sur sa fortune propre que simple jouissance : « *Dame n'est que bail de son héritage, puisqu'elle a hoir mâle, ni elle ne peut donner ni changer, pour que ce soit à l'amenuisement de l'hoir* (3). » « *Item, porte le Grand Coutumier, par la costume de fiefs, si une dame noble est desmeurée vefve, et a aucuns enfans nés et procréés en loyal mariage, et elle vend aucun héritage qui soit propre à elle, venu et descendu de père et de mère, si les enfans n'y sont appelés ni consentants, la vendition est nulle* (4). » La fortune maternelle se trouvait donc au profit des fils immobilisée, une mère ne pouvait même pas, sur la portion disponible avantager ses filles. Ce droit singulier

(1) Jostice et Plet, liv. I, ch. ix, § 5.

(2) Sent. du Parloir aux bourgeois, 8 juin 1293. — Cf. Le Roux de Lincy, *Hist. de l'hôtel de ville*. — Cf. *Grand Coutumier*, II, 40, p. 374 ; Desmares, décision 248 ; Laurière, art. 240.

(3) Et Liv. 1, ch. 68.

(4) *Grand Coutumier* (édit. 1539, f° 103, V°).

pour les enfants mâles reflète les féodales coutumes d'agrandir à tout prix la puissance des hommes nobles par fortes richesses.

Le douaire de la veuve n'échappera pas non plus à cette sorte de vulgaire substitution. « *La femme emportera première do patrimoine à l'home la moitié par son doëre, et ce sera patrimoine as enfanz* (1). » Certes aux ix^e, x^e et xi^e siècles la douairière est maîtresse de ses droits. Mais progressivement on lui retire la nue propriété, le douaire constitue pour les enfants nés du mariage une véritable légitime. « Du reste, remarque M. Boissonade (2), la renonciation de la femme à son douaire paraît avoir dû produire son plein et entier effet à l'égard de ses enfants, sans qu'ils eussent à y être présents ni autrement représentés, car ils ne tenaient leur droit qu'à la faveur de celui de leur mère : c'était, comme dit Loysel, ... une légitime sur les biens de leur père, par le moyen et bénéfice de leur mère, et comme la renonciation de leur mère devait être accompagnée de l'assignation d'un héritage équivalent les enfants avaient toutes garanties. »

Le douaire maternel constituera pour les enfants d'un premier lit une sorte de réserve. « *Femme se remariant ne doit perdre son douaire, mais est tenue en bailler bonne et suffisante caution* (3). »

(1) Jostice et Plet, liv. XV, tit. 24. — V. aussi Pierre de Fontaines : *Conseil à un ami*, cap. 24, 28 (édit. Marnier, 1846). — Cf. *Grand Coutumier*, liv. II, ch. xxxii ; Beaumanoir, xiii, 18.

(2) Boissonade, *Hist. des droits de l'époux survivant*, p. 177.

(3) Loysel, *Inst. cout.*, I, 3, 40, règle 175.

En retour sur les biens de ses enfants, la veuve aura certains privilèges, elle en avait jouissance. Dans certaines Coutumes, son usufruit sur la part de communauté laissée par le mari défunt survivait à la majorité des enfants (1). L'épouse survivante jouissait même d'après la Coutume d'Orbey, sa vie durant, de toute la fortune laissée par son époux prédécédé, mais un nouveau mariage la privait de ce droit (2).

« La Coutume de Lille, écrit encore M. Boissonade, offre dans le droit de *vivelote* ou *vivenote*, une singularité qui ne doit pas être passée sous silence : la femme roturière ou coutumière, commune en biens y avait, en cas de survie, la jouissance entière des biens que son mari tenait en censive ou en main ferme. Ce droit n'avait lieu que s'il restait des enfants du mariage, ce qui prouve qu'il n'était donné à la veuve que pour lui faciliter l'éducation de ses enfants ; il était, à la différence du douaire perdu par le convol (3). »

Remariée, la mère ne pourrait pas, semble-t-il, frustrer au profit du second mari, ses enfants issus d'un premier lit. *Durante matrimonio* seul est autorisé le don mutuel entre époux, le plus souvent sous condition d'inexistence d'enfants. Certaines Coutumes (4) le rendent impossible ou le prohibent. Exceptionnelle et très efficace protec-

(1) Boissonade, *Epoux survivant*, p. 185.

(2) *Rev. hist.*, 1864, p. 465 et suiv.

(3) Boissonade, p. 185.

(4) C. de Normandie, art. 40. Auvergne.

tion, dans le Nord-Est la veuve remariée ne possédait de ses biens propres que l'usufruit, ses enfants du premier mariage se trouvant nu-propriétaires. Mais restait partout ailleurs facile à la mère remariée de les dépouiller par libéralités faites avant mariage, par avantages matrimoniaux, résultats de tel ou tel régime des biens entre époux.

Vers la fin du moyen âge, écrit M. Morel (1), quand allèrent en s'affaiblissant la rigidité chrétienne des mœurs, la solidarité familiale, le culte du souvenir des morts, l'on vit se produire des scandales.

§ 3. — Système successoral entre la mère et ses enfants.

Abordons enfin les droits réciproques de succession de la mère et de l'enfant vis-à-vis l'un de l'autre.

Pour bien saisir les droits successoraux maternels, il faut nettement distinguer la succession aux propres de la succession aux meubles, acquêts ou conquêts immeubles.

En vertu de l'adage : *Propres ne remontent pas*, la mère se trouvait exclue par tous collatéraux paternels pour les biens fonds (fiefs, censives, alleux) advenus à son enfant, mort sans postérité, du chef du père ou d'un parent paternel : « *Si*, nous dit Beaumanoir, *j'ai eritage*

(1) Morel, *Protection légale des enfants du premier lit*, thèse Paris.

de par mon pere et mes peres muert, et après je muir sans oir de mon cors, mes eritages de par mon pere ne revient pas à ma mere, ainçois eschief au plus prochien qui m'appartient de par le pere ; neis s'il estoit ou quart degré de lignage, car ma mere est estrange de l'eritage qui me vient de par le pere ; et aussi est mes peres estranges de l'eritage qui me vient de par ma mere (1).

Quant aux meubles, acquêts ou conquêts immeubles, la mère vient concourir avec le père et succède seule à son défaut. Sur ces biens elle prime tous collatéraux supposé le *de cujus* sans descendance. Ici pas de règle *paterna paternis, materna maternis* : Quand l'enfès muert sans oir de son cors, ses eritages et ses aquestes et si mueble reviennent à son pere ou à sa mere comme au plus prochien, tout soit il ainsi qu'il eust freres ou sereurs ; et male choses seroit que li peres et la mere perdissent leur enfant et li leur ; car toutes voies est l'en plus tost reconfortes d'une pertes que de II, et de plus legierement en doivent estre li peres et la mere conseillié de donner à leur enfans (2). »

En vertu du droit de retour les immeubles donnés par la mère lui retournent, quand le donataire meurt sans enfants. Sur de tels biens elle prime le père.

De même la mère hérite de son enfant né viable : *tout soit ce qu'il ne vive pas tant qu'il soit portés au moustier pour baptisier (3).*

(1) Beaumanoir, édit Salmon, ch. xvi, n° 494.

(2) Beaumanoir, ch. xiv, n° 493.

(3) Beaumanoir, ch. xx, n° 618.

A l'inverse les enfants succédaient à leur mère avant tous autres parents. Mais leurs parts à chacun n'étaient pas égales toujours et les fils primaient parfois les filles.

Les biens roturiers (1) se partageaient par parts égales entre enfants des deux sexes. Pas à distinguer entre acquets ou propres.

Sur les biens nobles : privilège d'aînesse. Le fils aîné, mais non pas la fille aînée, suivant la Coutume de Paris recevra les deux tiers de tous les héritages et droits tenus noblement ou la moitié selon qu'il concourt avec un seul ou plusieurs autres enfants, de plus en préciput : un hôtel tenu en fief, avec un arpent de l'enclos. Il y avait variantes d'après les provinces : système du parage, système établi par Philippe-Auguste.

Dans la rigueur première du droit féodal, pas de représentation possible en ligne directe.

Par testament la mère ne peut pas avantager ses enfants l'un plus que l'autre (2). Elle ne peut, en faveur de tiers, disposer que du quint de ses propres : « *Home ou femme puet donner en testament le quint de son héritage et toz ses mobles, et toz ses conquez, el plus non, ait enfanz ou non* (3). » Réserve des quatre-quin pour les propres, légitime pour tous biens protègent déjà ses filles ou fils. Nous avons dégagé la très forte protection des

(1) Coust. des pays de Vermandois, Beautemps-Beaupré, p. 89.

(2) *Etablissements*, liv. I, ch. cxxxii ; *Les Assises de la Cour aux Bourgeois*, ch. cxcii posent règle contraire mais non suivie en France.

(3) Jostice et Plet, XII, 3, § 1, p. 224.

oirs mâles quant aux tenures nobles : « Dame n'est que bail de son héritage », comme aussi dans certaines provinces l'indisponibilité du douaire.

D'ailleurs ce testament *durante matrimonio* la mère ne le peut faire sans l'adhésion maritale. Il est possible aussi qu'en Normandie l'on ait suivi les principes anglais refusant aux femmes le droit de tester (1).

Exemple frappant de Coutumes en usages nous est le testament de Philippe, comtesse de Bar. La testatrice dispose seule de ses meubles en toute souveraineté ; puis, s'agit-il d'entamer le douaire et les propres, demande consentement à son fils Thiébaut (2).

Les enfants sont-ils coupables d'outrages graves envers leur mère, celle-ci, par clause expresse, motif à l'appui, les peut exhérer. Beaumanoir (3) signale comme griefs constitutifs possibles de cette exhéredation : inconduite, mésalliance contre le gré des père ou mère, prodigalité, mariage de la fille avec l'ennemi de la testatrice, refus d'assistance, voies de fait. Les *Assises de la Cour aux Bourgeois* reproduisent quatorze motifs inspirés de la Novelle romaine CXV (4).

Inconduite, refus d'assistance, voies de fait justifieront à l'inverse l'exhérédation de la mère par ses enfants.

(1) Henri Auffroy, *L'évolution du testament*, siècle de St-Louis, p. 613.

(2) H. Auffroy, *ibid.*, « Le disponible, limitations familiales ».

(3) Beaumanoir, XII, 47 et 48.

(4) *Assises*, ch. cxxxix.

Disposition qui dénote le discrédit des seconds mariages, les *Assises de la Cour aux Bourgeois* ont soin de mentionner que l'enfant peut tester en faveur de sa mère « *j'à soit que elle eust pris autre mari* » (1).

§ 4. — Influence de la condition sociale de la mère
sur celle de ses enfants.

Comme appendice à cette revue des droits et devoirs maternels à l'époque féodale, touchons un mot de l'influence de la condition sociale de la mère sur celle des enfants dans les mariages mixtes.

Et tout d'abord « *si gentilfame prent vilain costumier* » les enfants seront malgré tout nobles et gentils-hommes. Beaumanoir nous dit en effet : « *Et quant la mere est gentilfame, et li pères ne l'est pas, li enfant ne poent estre chevalier. Ne porquant li enfant ne perdent pas l'estat de gentillesse du tout, ainçois sont démené comme gentil home de fet de lor cors et poent bien tenir fief le quel coze li vilain ne poent pas tenir* (2). » Gentilshommes de par la mère ne différaient donc des gentilshommes de parage que par leur incapacité d'être armés chevaliers. Usurpent-ils ce titre, la sanction de s'ensuivre : « *li puet prendre le Roy ou le baron en qui chastellenie y seroit, et li pourroit faire trancher les eperons sur un fumier, et seroient les*

(1) *Assises*, ch. CLXIX.

(2) Beaumanoir, éd. Beugnot, ch. 45, § 15.

mèubles siens (1). » Mais avant le xiii^e siècle cette différence n'existait même pas, franchise seule était requise pour devenir chevalier (2).

Si la condition maternelle peut ainsi favoriser l'enfant, elle peut toutefois lui nuire : dans l'hypothèse de mère serve, père chevalier, si nous en devons croire Beaumanoir : « *se li peres estoit chevaliers et il epousoit une serve, si seroient tuit li enfant serf qu'il aroit de li.* » Mais cette règle ne fut pas absolue, d'après le *Grand Coutumier* l'enfant qui renonce à la succession de sa mère peut acquérir noblesse, s'affranchir de servitude : « *Si les hoirs qui de eulx seront procréés renoncent à la succession de leur mère, ils seront nobles ; et s'ils l'aprehendent, ils seront non nobles et sers.* »

Si la mère est vilaine, le père étant noble, le fils sera chevalier.

Plus tard, vers l'époque coutumière, la noblesse maternelle sera sans effet, sauf ce que nous dirons pour les provinces de Champagne et Barrois où, d'après M. Guibiermoz, la noblesse ne se transmettait même que par les femmes (3).

Qu'advient-il maintenant si la mère est vilaine, le père serf. A l'instar des principes romains, toujours au moyen âge (4), l'enfant sera libre ; en ce sens les textes

(1) *Droiz et commandemens*, tit. II, n° 470.

(2) Cf. Grau, *Noblesse maternelle*, thèse Paris, 1898, p. 54.

(3) Bibl. Ec. Chartes, t. L, p. 509 et s.

(4) Viollet, *Etablissements*, Introduction, p. 41 et 178 ; très rares exceptions.

abondent. Pour ne citer que Beaumanoir : « *francise des homes de poeste.... lor vient de par les meres* (1). »

Si père et mère serfs n'ont pas maître unique, leurs enfants, d'après Glanville se répartissent entre les deux seigneurs. *Si qui vero procreantur ex nativa unius et nativo alterius, proportionaliter inter Dominus sunt pueri illi dividendi*. Mais le serf n'est pas un esclave, il est libre d'aller et venir, rarement soumis au droit de suite ou poursuite, les familles serviles ne peuvent plus être disloquées.

(1) Beaumanoir, ch. 45, § 30.

QUATRIÈME PARTIE

PÉRIODE MONARCHIQUE

(xv^e au xviii^e siècle).

CHAPITRE PREMIER

CONDITION DE LA MÈRE EN PAYS COUTUMIERS.

Nos vieux juristes n'ont guère exercé leur maîtrise sur le droit familial, c'est que la puissance paternelle en pays coutumiers ne fit point l'objet comme la *patria potestas* romaine de principes légaux nettement formulés. Les coutumes, les ordonnances lui consacrent fort peu d'articles. C'est à l'usage, c'est à l'équité des Parlements d'en fixer les limites.

Mais des mœurs simples et chrétiennes partout régissent la famille, consacrent le commun pouvoir des père et mère.

Loisel le peut écrire : « Droit de puissance paternelle n'a lieu (1) », c'est l'autorité parentale partout proclamée.

(1) Loisel, *Instit. coutum.*, liv. XXXVII, 55.

Chez les Romains, *mater filios non habet in potestate*, parmi nous diront les Coutumes : « Par la nature et raison, si l'un des père et mère à voulrie, l'autre l'a (1). »

Sans doute durant le mariage, comme il est légitime, s'accuse la supériorité du père, lui seul possède le gouvernement domestique, non pas d'ailleurs sans contrôle possible. « La mère, écrit Pothier, ne peut l'exercer que subordonnement à son mari, et dépendamment de lui (2). » Mais s'il est mort civil, fou, disparu, nous la verrons au foyer maîtresse souveraine.

En justice, toujours elle pourra déférer les abus du père.

Les enfants doivent à leur mère obéissance et respect. D'office l'on poursuit les fils indignes. Guyot (3) cite deux fort curieux arrêts : le premier, rendu le 23 décembre 1577 au Parlement de Toulouse, condamne un fils pour avoir battu et injurié sa mère « à faire amende honorable en chemise, tête et pieds nus, la corde au cou, à être fouetté par les carrefours de la ville, et à six ans de galère ». Bien plus, « il eut été condamné à mort, si sa mère n'eut demandé sa grâce, et déclaré qu'elle le déchargeait autant qu'il était en son pouvoir ». D'après le deuxième arrêt, celui-ci du Parlement de Dijon, la peine est identique. Chose à souligner, l'on châtie malgré le pardon maternel.

(1) Vitry, 63. — Cf. Chartres, 103 ; Chateaufneuf, 133 ; Dreux, 93 ; Montargis, VII, 3.

(2) Pothier, *Cout. d'Orléans*. Introd. au titre IX, n° 3.

(3) Guyot, *Répertoire*, au mot : Puiss. pat.

Ceci dit, quels étaient sur ses enfants les droits de la mère, à leur égard quels étaient aussi ses devoirs ?

§ 1. — Droits et devoirs maternels
quant à la personne.

Associée du père pour l'œuvre d'éducation, sa charge sera double. Collaboratrice du mari, elle doit au besoin le contraindre à fournir aux enfants cette éducation conforme à la décence, aux bonnes mœurs, conforme encore à leur rang social ; les tribunaux entendront ses plaintes. De ses deniers personnels, si le père est sans fortune, elle est tenue de défrayer tout leur entretien.

« S'il se trouvait, dit Pothier (1), des père et mère qui fussent assez dénaturés pour manquer à ce devoir, le ministère public, sur la dénonciation des parents, pourrait les poursuivre, pour, après information des mauvais traitements, et du refus des choses nécessaires, faire ordonner par le juge ce qu'il estimerait convenable d'ordonner. » Si donc il appartient au père d'imposer sa juste volonté, si pour diriger les enfants sa gouverne est prépondérante, sa puissance n'est pas absolue, la mère y participe pour en tempérer la rigueur, prévenir les abus. Manque-t-il à sa mission, c'est elle qui avant tous autres parents dénoncera la négligence abusive, les injustifiables mesures du père. Que si tous deux manquent à leur

(1) Pothier, *Oblig. des père et mère*, V^e partie, ch. 1, n^o 384.

devoir, la justice prendra dès lors toutes mesures pour sauvegarder les enfants.

« Les mauvais traitements, poursuit Pothier, peuvent quelquefois être si grands, et le refus des choses nécessaires porté à un tel point, qu'il serait dangereux de renvoyer les enfants chez les père et mère. Le juge peut en ce cas en confier l'éducation à quelque personne de la famille et condamner les père et mère à payer la pension. » Le père seul se livre-t-il à des violences, la mère fera par justice confier les enfants en plus sûres mains.

Et de fait nous trouvons arrêts nombreux dans ce sens.

En Bretagne, un arrêt de 1559 condamne un père qui battait sa fille à fournir caution de la bien traiter. S'il récidive, il sera, sans préjudice de la prison, passible de cinq cents livres d'amende. Certes l'on admet qu'un père fasse emprisonner son fils de sa seule autorité, mais que d'autres proches parents réclament, il devra soumettre aux tribunaux les motifs d'un acte si dur. Un père qui s'y refusait perdit son procès en 1580, le fils fut relâché (1).

D'autres arrêts proclament déchu de sa puissance le père qui maltraite ses enfants.

Ainsi le droit maternel n'est pas méconnu, il sommeille pour ainsi dire tant que dure en de sages limites celui du père, mais s'il le faut, sait entraver les criantes injustices du chef au foyer.

(1) Cités par Merlin, dans Guyot, *V^o Puiss. pat.*, t. XIV, p. 98, 99.

S'agit-il plus tard de consentir au mariage des enfants, à leur profession religieuse, la mère sera, devra être consultée.

Le décret du Concile de Trente qui proclamait *sine consensu parentum* tout mariage valable fut toujours en France combattu. Henri II, par un édit célèbre de février 1556 (1), permet aux père et mère d'exhérer leurs enfants qui, mineurs, se seraient mariés sans consentement. Les fils avant trente ans, les filles avant vingt-cinq, durent soumettre leurs projets matrimoniaux à la volonté des parents ; passé cet âge, les consulter au moins. L'ordonnance de novembre 1639 (2) fit plus encore, déclara les enfants de famille, mariés irrégulièrement, « indignes et incapables à jamais des successions de leurs pères, mères et aïeuls, et de toutes autres directes et collatérales », comme aussi déchus *ipso facto* de tous droits et avantages provenant de testaments ou de contrats de mariage. D'autre part la jurisprudence civile bâtit l'odieux système du *rapt de séduction*, les *mariages clandestins* furent assimilés aux rapt, par suite tenus pour nuls.

En principe, le consentement du père seul a force juridique, toutefois l'avis maternel sera requis à cause, disait-on, du respect qui est dû aux auteurs de nos jours, dont la mère est du nombre (3). Telle est la règle admise

(1) Isambert, t. XIII, pp. 469-471.

(2) Isambert, t. XVI, p. 522.

(3) Basnage, *Cout. de Normandie*, art. 369 ; Rebuffel, sur l'édit de 1556.

si père et mère sont tous deux en état de manifester une volonté. Mais il arriva même, dans l'intérêt de l'enfant, que les tribunaux firent prévaloir cet avis maternel. « Nous trouvons, dit Pothier, un arrêt du 5 septembre 1684, au troisième tome du *Journal des Audiences* (liv. 10, ch. 36), qui a permis à un jeune homme âgé de vingt-sept ans de contracter un mariage agréé de sa mère et de ses parents contre la volonté de son père » (1).

Fils et filles majeurs, sous menace d'exhérédation, sont toujours obligés de solliciter par écrit le conseil de leurs père et mère (2).

La mère qui seule, devenue veuve, peut consentir à la profession religieuse de ses enfants doit, en face du père, pouvoir émettre dans cette hypothèse si grave un avis (3).

Arrivons au cas de mort civile, d'absence ou de folie du père. Ici la mère concentre en ses mains l'autorité paternelle, rien de particulier qui tranche nettement sur le cas de veuvage. Toutefois, nous dit Denisart, « quand une mère, femme d'un absent, trouve à marier ses filles mineures d'une manière avantageuse, ou même convenable, elle y est autorisée par le magistrat, après avoir pris l'avis des parents, où doivent être appelés les parents paternels ; c'est l'usage du Châtelet (4) ». Il y au-

(1) Pothier, *Mariage*, n° 332, t. III, p. 279.

(2) Edit de février 1556 (a.s.) ; ord. du 26 novembre 1639, article 2, dans Isambert ; t. XIII, p. 469, 471 ; t. XVI, p. 522 ; *Encyclopédie méthod. jurisp.*, t. VII, p. 622 ; arrêt du règlement du 27 août 1692.

(3) Peut se conjecturer d'article 80, Lamoignon.

(4) Denisart, *Collections de décisions nouvelles*, au mot : *Absens*,

rait donc là certaines restrictions qui ne paraîtront plus à la mort du mari.

Les droits maternels seront reconnus, Pothier formellement le déclare, « dans le cas auquel pour sa démenche ou son absence (1) » le père ne pourrait diriger les enfants.

Les époux se viennent-ils à séparer de corps, « la question de l'enfant est *arbitraire au juge*, dira François de Cormis (2), c'est-à-dire que selon les circonstances, le juge peut donner la garde soit au père, soit à la mère, selon la diversité de leurs mœurs et pour le mieux de l'enfant ». La loi ne règle rien, c'est aux tribunaux d'arbitrer souverainement.

Pour ne citer qu'un arrêt, laissons parler Denisart : « Lors du jugement de la séparation d'habitation de la fameuse Deschamps (fille d'opéra) d'avec son mari, il s'est agi de savoir à qui, du père ou de la mère, l'éducation de leur fille seroit confiée ; et par sentence rendue au Châtelet, au rapport de M. de la Marinière, le 18 avril 1758, il fut donné acte à la mère des offres par elle faites de se charger de Marie Claude Barzé Deschamps sa fille ; en conséquence, la sentence ordonna que la mère seroit tenue de l'entretenir et nourrir suivant son état.

« D'après ce jugement, la Deschamps avoir mis sa fille au couvent de Port-Royal à Paris, et le père l'en ayant

(1) Pothier, t. IX, 1^{re} partie, tit. 6, n° 134.

(2) F. de Cormis, *Rec. de consult. sur div. mat. mêlées*, Paris, 1735, t. II, p. 4428.

retirée pour la mettre dans un autre couvent, à Nevers, la Cour, par un arrêt rendu sur la requête de la mère, mais en conséquence de conclusions de M. le procureur général, le 9 juillet 1760, a ordonné que ladite fille Deschamps seroit réintégrée au couvent de Port-Royal, à l'effet de quoi, les religieuses de Nevers seroient tenues de la remettre ès-mains de Matthieu, huissier de la Cour, porteur de l'arrêt, accompagné de la mère, lequel en dresseroit son procès-verbal (1). »

Mais si le père est calviniste, la mère étant catholique, c'est elle qui gardera les enfants, en tous cas ils ne seront jamais confiés au premier. P. Bernard (2) cite le célèbre procès de Catherine Arnaud contre Isaac Le Maistre, son mari, qui avait embrassé le protestantisme et lui réclamait ses enfants.

Devenue veuve, la mère se verra presque toujours confier ses filles ou fils ; bien plus, sur eux elle exercera les prérogatives de la puissance, certaines coutumes (3) s'en expriment en termes fort clairs, d'après lesquelles après décès du père l'enfant demeure en la *vourie et mainbournie* ou *puissance* de sa mère. Si la majorité des Coutumes restent silencieuses à cet égard, la gouverne maternelle ne s'y trouve pas contredite, les tribunaux la consacrent,

(1) Denisart, mot : *Education*.

(2) P. Bernard, *Hist. de l'aut. pat.*, p. 293.

(3) Châlons, art. 2 ; Vitry, 70, 100 et 141 ; Valenciennes, 26 ; Mons, ch. 8, 9, 10 et 36 ; Chartres 103 ; Châteauneuf, 133 ; Dreux, 93 ; Montargis, VII, 3.

les pères en leurs testaments la fortifient. « En déclarant instituer pour héritière sa femme, le testateur, écrit M. L. Guibert, recommande à ses enfants de demeurer unis autour d'elle. La veuve continuera la mission du chef de famille ; celui-ci lui en laisse tous les devoirs, les charges et les droits. Écoutons Simon Delhoit (marchand, 1680) : Je veux, dit-il, que mes enfants (il y en a 8) soient nourris, élevés, entretenus aux frais de mon hérédité, en compagnie de leur mère. Je leur recommande à chacun d'eux de luy obéir, lui porter honneur et respect, et veulx que mesdicts enfants travaillent au profit de mon hérédité et rapportent leur entier travail à ma dicte héritière (1). »

Et tout d'abord la veuve élève ses enfants.

Cujas (*Observ.*, liv. 6, § 29) et Zoz (Dig., liv. 27, tit. II) soutiennent qu'il faudrait des circonstances très graves pour priver une mère du droit d'élever son enfant, que même le convol en second mariage n'y suffirait pas.

« Des arrêts sans nombre, rapporte Merlin (2), avaient consacré cette doctrine (Grenoble, 1559, Expilly, § 38).

— Du Fail, livre 3, chapitre XLVII, nous en fournit un du Parlement de Bretagne, du 9 octobre 1565, par lequel une mère qui, parce qu'elle était remariée, avait été privée de la tutelle de sa fille, fut cependant préposée à sa garde et à son éducation (Poitiers et Clermont, 5 octobre 1579 et 15 novembre 1582). »

(1) L. Guibert, *La famille limousine*.

(2) Merlin, mot : *Education*.

Mais par ailleurs l'on peut voir des arrêts tout opposés, nul principe ferme ne semble dominer la jurisprudence qui selon les espèces confirme, dénie les droits de la mère.

En Bretagne (1) où la mère n'a pas la tutelle légitime l'éducation est réglée par le conseil de famille qui nomme les tuteurs.

Parmi le fouillis des arrêts contradictoires, voici toutefois certaines règles suivies. Le père a-t-il, par testament, disposé de l'éducation de ses enfants au préjudice de leur mère survivante, sa volonté fera loi : ainsi l'a décidé, par exemple, le Parlement de Paris (30 juillet 1665). Sinon la veuve peut garder ses enfants sous son exclusive gouverne, mais le juge prendra l'avis des proches. L'inconduite et le désordre lui feront perdre ce droit, peut-être même lui sera-t-il interdit tous rapports avec eux (arrêt du 5 mars 1648 : Parlement de Paris). Les secondes noces ne seront pas toujours cause de déchéance (2).

Une ordonnance du 1^{er} février 1743 (sur la tutelle des mineurs possédant des biens en France et dans les colonies) résume l'esprit dernier des tribunaux : tant qu'elle reste en viduité, la mère, légitime tutrice, élève ses enfants. Remariée, même solution si maintenue dans la tutelle ; n'est-elle plus tutrice, les parents *pourront* lui maintenir la garde.

(1) Bretagne, art. 485.

(2) Sur tous ces points, consulter Merlin, Guyot, Denisart, au mot : *Education*.

Pour remplir ce devoir d'éducation la mère, non pas les autres parents, se trouvait armée d'un droit considérable, celui de faire incarcérer ses filles ou fils. Les maisons de force souvent se refermèrent sur les fils de famille qu'un père ou qu'une mère voulait corriger « des désordres d'une jeunesse déréglée » (1). Le procureur général près le Parlement de Paris s'avisa de visiter en 1673 ces détenus. Il découvrit les plus graves injustices : des pères remariés, des mères qui avaient passé à de secondes noces, avaient obtenu sans justes motifs la détention « d'hommes âgés de plus de trente ans et même de prêtres ». Pour remédier à ces criards abus, intervinrent plusieurs arrêts du Parlement des 9 et 13 mars 1673, 14 mars 1678 et 27 octobre 1696. Désormais furent passibles d'être emprisonnés les seuls mineurs de vingt-cinq ans. Les pères remariés ne purent exercer ce droit coercitif qu'avec permission du lieutenant civil maître de prendre l'avis des parents les plus proches, tant paternels que maternels. La mère survivante fut soumise à ce contrôle. « Les femmes, dit Pothier (2), ont aussi besoin de l'autorisation des juges, pour faire enfermer leurs enfants dans des maisons de force. La faiblesse de leur jugement (?) et le caractère d'emportement (?), assez ordinaire à ce sexe, empêche qu'on ne puisse compter sur le jugement de la mère, comme sur celui du père. »

S'agit-il d'émanciper l'enfant, Laurière, en ses notes

(1) *Journal des audiences*, t. IV, p. 660.

(2) Pothier, t. IX, 1^{re} partie, tit. 6, n° 133.

sur les *Institutes* de Loisel (1), rappelle un passage du *Somme Rural* relatif à l'émancipation d'une fille par sa mère devant justice. Sans doute, toujours en usage demeurent les règles posées par Beaumanoir au XIII^e siècle. Dans les provinces Nord, où la puissance maternelle se trouvait formulée par la Coutume, les enfants s'agenouillaient, leur mère veuve les bénissait et les déclarait libres, les autorités communales enregistraient sa déclaration (2).

Lamoignon, dans ses *Arrêtés*, article 80, déclare la mère survivante capable de consentir à la profession religieuse de ses enfants.

Pour consentir au mariage de ses filles ou fils mineurs, la mère sera nécessairement consultée. « Certains auteurs, remarque M. Glasson, enseignaient toutefois que le consentement de la mère remariée n'était pas nécessaire aux enfants mineurs du premier lit et qu'il leur suffisait d'adresser à leur mère des actes respectueux, sauf à passer outre ensuite. Cette solution était généralement repoussée comme contraire à l'édit de 1556, lequel n'autorisait à procéder ainsi que les fils majeurs de 30 ans et les filles de 25 ans (3). »

Pothier prend soin de le noter. « L'éloignement du lieu où demeure... la mère, lorsque ce lieu est connu, ne dis-

(1) Loisel, *Instit. coutum.*, notes de Laurière, liv. I, tit. IV.

(2) René Minon, *Vie dans le Nord de la France au XVIII^e siècle*, p. 295.

(3) Glasson, *Epoque monarchique*, p. 473.

pense pas l'enfant d'obtenir ce consentement. L'approbation donnée au mariage par les plus proches parents convoqués à cet effet devant le juge, ne supplée pas à ce consentement, et ne purge pas la présomption du vice de séduction qui résulte du défaut de ce consentement. C'est ce qui a été jugé il y a environ une trentaine d'années, à l'égard du mariage d'une demoiselle de notre ville d'Orléans. Le mariage de cette demoiselle mineure avait été célébré à Orléans sans le consentement de sa mère, qui demeurait dans l'Ile de Saint-Domingue. Le prévôt d'Orléans avait homologué l'avis des parents, qui avaient tous approuvé le mariage, et avaient tous, en conséquence, permis la célébration. Sur l'appel comme d'abus interjeté par la mère, dont on n'avait pas obtenu le consentement, le mariage a été déclaré nul et abusif, et il a été fait défense au prévôt d'Orléans d'homologuer pareil avis (1). »

Toutefois la mère, dont le consentement s'impose, devra prendre conseil des proches, mais est libre de passer outre. Il pourrait néanmoins arriver que l'injustice du refus maternel serait d'une évidence telle que les juges, sur avis des parents, pourraient dispenser le mineur d'avoir à rapporter l'autorisation de sa mère. Ainsi fut-il jugé par arrêt du 17 janvier 1722 (2).

En Bretagne, la mère a moins d'autorité : « Le père

(1) Pothier, t. VI, *Traité du contrat de mariage*, IV^e partie, ch. 1, sect. II, *Du consentement des parents*, n° 328.

(2) Pothier, *ibid.*, n° 332— Cf. : *Denisart*, au mot *Mariages*, n° 404, t. III.

étant décédé, décide la Coutume (art. 496), les mineurs de vingt-cinq ans voulant contracter mariage, seront tenus requérir et avoir le consentement de la mère, tuteur et proches parents, avec l'autoité de justice. »

En Normandie, plus fortes entraves à la puissance de la mère survivante : « Parmi nous, dit Basnage (sur l'article 260 de la Coutume), le mariage de la fille ne dépend plus seulement de la volonté de la mère ou du tuteur, on fait une assemblée de six parents paternels et de six parents maternels, et le mariage s'achève ou se rompt, selon le plus grand nombre de voix. »

Les fils majeurs de 30 ans, les filles de 25, devront respectueusement sommer leur mère de consentir à leur mariage, sous menace d'exhérédation possible.

La mère pourra-t-elle gérer les intérêts matériels de ses enfants mineurs.

Ici nous allons successivement envisager la garde noble, la garde bourgeoise, la tutelle.

La veuve d'un noble, quoiqu'elle soit de naissance roturière peut, Pothier (1) le constate, avoir la garde noble de ses enfants, car le mariage l'a rendue noble en la faisant participer à la condition de son mari. Elle perdra ce privilège par un nouveau mariage.

Partout la mère survivante a droit en première ligne à la garde. En Bourgogne, lors de la réformation des Coutumes, l'on soumet néanmoins au contrôle des proches

(1) Pothier, t. VI, *Traité de la garde noble et bourgeoise*, n° 26.

la bail de la veuve : « Pour empêcher entre gens nobles que la mère ne soit bailliste de ses enfans, il suffit, portent les Cahiers dressés pour réformer la Coutume, art. CCXXIV, CCXXV, que tous les parens et amis paternels dissident ou la plus grande partie d'iceux (1).

L'aîné des orphelins ne prime plus, une fois majeur, sa mère.

Depuis la désuétude des services de fief, la gardienne n'a plus avec la même force les droits de jouissance dont elle était gratifiée, les Coutumes de Vitry, 63, Auxerre, 254, Chaulmont en Bassigny, 11, radicalement suppriment l'usufruit ; la plupart des autres Coutumes ne le mentionnent que prérogative pure de puissance paternelle, beaucoup donnent au survivant des père et mère le choix entre le bail ou la garde et certaine tutelle sans émolument (Laon, 32, Chaulny, 137, Meaux, 150, Melun, 285).

Devenu personnel, le bail se devrait étendre même aux vilenages, cependant il n'est pas rare de le voir se limiter encore aux seuls biens féodaux. Embrasse-t-il l'ensemble du patrimoine, le droit du baillistre ne va pas pour cela toujours s'appliquer à tous les biens du mineur, l'usufruit très souvent se devra limiter à la succession du conjoint prédécédé. Donateurs ou testateurs restent maîtres de soustraire à la jouissance du gardien les libéralités par eux faites.

Quant aux droits sur les meubles, d'abord restreints par

(1) Cf. Simonnet, *Etudes sur le droit bourguignon*.

certaines Coutumes (1), ils sont presque partout supprimés (Paris, 267, Anjou, 85). Le gardien n'a sur eux que droit de jouissance et de quasi-usufruit.

Pothier définit donc avec justesse la garde noble de son temps, c'est « le droit que la loi municipale accorde au survivant de deux conjoints nobles de percevoir à son profit le revenu des biens que ses enfants mineurs ont eu de la succession du prédécédé jusqu'à ce qu'ils aient atteint un certain âge, sous certaines charges qu'elle lui impose, et en récompense de l'éducation desdits enfants qu'elle lui confie (2). »

Nous nous réservons de revenir, en étudiant de façon spéciale les droits et devoirs maternels quant aux biens, sur les obstacles surmontés par la jurisprudence pour éluder au profit de la mère gardienne, l'obligation aux dettes dont toujours restent tenus les gardiens.

Si la mère convolait à de secondes noces, toujours la frappaient déchéances diverses. Les Coutumes de Paris (art. 268), Chartres (art. 106), Anjou (art. 85), etc., lui font perdre la garde. Ailleurs c'est le seul droit de jouissance qui lui sera retiré, mais elle reste comptable administrateur. D'autres Coutumes enfin la déclarent déchue de tout droit, la garde fait place à la tutelle dative (Berry, I, art. 31 ; Sens, art. 156 ; Bar, art. 69). Dans celles

(1) Voir les anciennes Coutumes d'Anjou et du Maine rapportées aux procès-verbaux des Coutumes de 1508, sur les art. 58 et suiv. d'Anjou et 98 et suiv. du Maine.

(2) Pothier, t. VI, *Traité de la garde noble et bourgeoise*, Article préliminaire.

où le gardien acquiert les meubles, la mère remariée s'en voit rétroactivement dépouillée (Ville et Septaine de Bourges, I, 9).

Il va sans dire que la mère qui vit dans l'inconduite, de ce fait déchue de tous droits sur ses enfants, perdra la garde.

Renusson, dans ce sens un arrêt de Paris, 11 juillet 1669, retire à la mère inapte l'administration pour la confier à un tuteur, lequel toutefois devra remettre à la gardienne les excédents de revenus.

Abordons en seconde analyse la garde bourgeoise. Il faut, comme à l'époque féodale, sous-distinguer la garde fructuaire et la garde non fructuaire.

La garde bourgeoise fructuaire, toujours admise à Paris, n'appartient plus qu'au survivant des père et mère. Depuis 1510, le gardien bourgeois perd ses droits par convol à de secondes noces. Dans le Nord cette déchéance n'est pas générale : Cambrai (VI) l'ignore.

En Touraine (XXII, 1), Lodunois (XXXIV, 1), Berry (1, 24) la mère survivante en jouit, mais la perd par second mariage.

Quant à la garde non fructuaire, plus généralement admise, ce n'est plus qu'une tutelle légitime (Orléans, 178 ; Chartres, 105 ; Blois, 6 ; Dourdan, 125-126). Les Coutumes d'Auxerre (254), Nivernais (XXX, 2) lui donnent ce nom. Sauf exception, la mère sera gardienne.

Mais de droit commun les tutelles sont datives.

La mère remariée perd la garde ou la tutelle légitime. Il en va de même par son inconduite.

Si dans nos pays coutumiers, sans ce que nous avons dit plus haut, toutes tutelles étaient datives, il n'en est pas moins vrai que la mère se voyait jamais refuser la charge de tutrice.

Le père l'a-t-il nommée *ad hoc* en son testament, proches et juges confirmeront en fait ce choix. D'ailleurs, règle générale, là même où la mère n'est pas légitime tutrice, ne pourra l'écarter qu'une décision des proches suffisamment motivée.

Selon le règlement des tutelles en Normandie (1), lequel sur bien des points résume le droit commun, « dans les trois mois du jour (2) que la mort du père aura été communément sçue, à peine de répondre par elle de la perte que lesdits mineurs pourraient souffrir à faute de leur avoir fait établir un tuteur », la mère doit faire assembler les parents. C'est le juge assisté d'un conseil de famille qui défère la tutelle.

A ce conseil, dont les femmes se trouvent exclues, la mère et l'aïeule sont exceptionnellement admises, mais avec simple voix consultative.

La mère survivante, lorsqu'elle veut prendre en mains la tutelle, aura droit de préférence sur tous autres pa-

(1) Sur tous ces points consulter : Cauvet, *Observations sur le règlement des tutelles*, arrêté par le Parlement de Rouen le 7 mars 1673, 1777.

(2) Ce délai n'est pas universellement admis, en Bretagne par exemple il est réduit à 15 jours (art. CCCCLXXXVI).

rents. Les proches réunis ne pourront s'opposer que pour motifs graves à son désir.

Mais l'assemblée des proches ne lui saurait imposer la charge de tutrice. Bien plus en Normandie, après l'avoir librement sollicitée ou acceptée, la mère demeure maîtresse de s'en démettre *ad libitum*, sauf à ses frais de faire procéder à nomination de nouveau tuteur.

Remariée, la mère doit cesser ses fonctions, convoquer même le conseil de famille pour nommer tuteur qui la remplace : très souvent sera nommé son second mari. Si la mère, avant son remariage, ne procède ainsi, son second mari sera protuteur, c'est-à-dire tuteur de fait.

Plus rigoureuse, la Coutume d'Auvergne déclare la mère déchue par le seul fait de ses fiançailles, lors même que mariage ne viendrait pas s'ensuivre.

En Normandie, déchéance n'a pas lieu *de plano*, mais les parents ou le second mari peuvent provoquer destitution de la mère tutrice.

§ 2. — Droits et devoirs maternels quant aux biens.

Que la mère administre ou non le patrimoine de ses enfants, quels seront ses droits et devoirs quant aux biens.

Durant le mariage, la mère est tenue de contribuer à l'entretien des enfants. Cette obligation, dit Pothier, « est une charge de la communauté tant qu'il y en a une qui subsiste entre le père et la mère. Lorsqu'il y a sépa-

ration de biens, chacun y doit contribuer par moitié, s'ils en ont l'un et l'autre le moyen ; sinon celle des deux parties qui a le moyen, en est tenue seule pour le total (1) ». Mais la mère n'est jamais, pas plus d'ailleurs que le père, tenue de doter ses enfants (2). Toutefois, en Normandie, le père peut, dans ce but, disposer des biens maternels (art. 258 de la Coutume).

A l'inverse les enfants doivent subvenir à la détresse de leur mère (3).

Sans y être autorisée par son mari, malgré sa défense, la mère acceptera valablement les donations faites à ses filles ou fils mineurs, pour eux elle peut faire ce qu'elle ne pourrait faire pour son compte personnel. L'on veut par là mieux sûrement assurer le bénéfice des libéralités aux mineurs. C'est ce qu'il est permis de conclure de l'ordonnance célèbre de 1731, article 7, dont les dispositions ont passé dans notre Code civil (art. 935). En voici le texte : « Si le donataire est mineur de vingt-cinq ans ou interdit par autorité de justice, l'acceptation pourra être faite pour lui, soit par son tuteur ou son curateur, soit par ses père et mère ou autres ascendants, même du vivant du père et de la mère, sans qu'il soit besoin d'aucun avis de parents pour rendre ladite acceptation valable. » Tous ascendants, nous le voyons, possèdent cette prérogative, la partagent avec le père ou le tuteur : ce

(1) Pothier, t. IX, V^e partie, n^o 386.

(2) Denisart, au mot *Dot* ; Guyot, au mot *Mère*.

(3) Argou, *Institution au droit français*, liv. III, ch. XXI.

droit se doit sans doute limiter aux donations pures et simples.

La mère survivante jouira de certains avantages sur les biens de ses enfants. Nous avons déjà noté ceux que lui confèrent la garde noble et la garde fructuaire. Il serait bon de nous expliquer sur certaines difficultés soulevables au profit de la mère gardienne noble.

Le gardien n'acquérant plus les meubles n'aurait plus dû supporter l'obligation aux dettes, contre-partie jadis de l'acquisition du mobilier. Malgré tout cette charge lui reste. Or la mère gardienne devait-elle compenser ces dettes avec les multiples créances qu'elle possédait du fait de la société conjugale contre ses enfants héritiers du mari (récompenses, remplois, reprises, douaire, gains de survie) ? La rigueur des principes semblait y conduire. Les coutumes étant muettes, c'est la jurisprudence qui vint tourner cet obstacle par trop injustifié. Elle admit que c'était là moins de véritables créances mobilières que des droits au partage de la communauté (1).

La mère non gardienne noble, non gardienne bourgeoise, la veuve roturière ne sera pas sans jouir par le douaire de certains biens des enfants. Ces derniers ont nue propriété des biens composant le douaire, leur mère ne les en peut frustrer en faveur d'un second mari, en faveur de filles ou fils nés d'un second mariage, car, dit Loisel : « douaire propre aux enfants, est une légitime coutu-

(1) Sur tous ces points consulter : B. Gaillard, *Tutelle maternelle*, thèse Montpellier, 1897.

mière prise sur les biens de leur père par le moyen et bénéfice de leur mère (1). »

D'ailleurs certaines Coutumes : Orléanais, Touraine, Anjou, Maine, viennent attribuer au conjoint survivant l'usufruit de tous les biens communs. En ces provinces la mère veuve n'est donc pas sans jouir de droits considérables sur une grosse part de la fortune de ses enfants. Partage de communauté n'aura lieu qu'à son décès.

Nous avons déjà sous la période féodale signalé le droit de *vivelote* ou *vivenote* particulier à la Coutume de Lille. Ce droit persiste, la veuve toujours y jouit des biens tenus en censive ou en main-ferme que possédait son mari défunt. Il est perdu par le *convol* (2).

En revanche de ces avantages la mère ne doit rien faire pour dépouiller ses enfants : « Femme se remariant, dit Loisel, ne doit perdre son douaire, mais est tenue en bailler bonne et suffisante caution (3). » Femme remariée ne pourra non plus disposer en toute liberté de sa fortune personnelle à leur préjudice, les protège désormais le fameux « édit des secondes noces ».

Cet édit, rendu en juillet 1560 par François II, vint remédier à de scandaleux abus. Son préambule mérite d'être rapporté : « Comme les femmes veuves ayans enfans sont souvent invitées à nouvelles nopces, et non cognoissans estre recherchées plus pour leurs biens que

(1) Loisel, *Instit. coutum.*, liv. 4, tit. III, 22.

(2) Merlin, *Rép.*, v^o *Vivenote*.

(3) *Inst. coutum.*, I, 3, 40, règle 173.

pour leurs personnes, elles abandonnent leurs biens à leurs nouveaux maris, et leur font des donations immenses, mettans en oubly le devoir de nature envers leurs enfans, de l'amour desquelx tant s'en faut qu'elles se deussent esloigner par la mort des pères, que les voyans destituez du secours et ayde de leurs pères, elles devroient par tous moyens s'évertuer à leur faire double office de père et de mère ; desquelles donations oultre les querelles et divisions d'entre les mères et les enfans s'ensuit la désolation des bonnes familles et consequemment diminution de la force de l'estat publique... »

Ces libéralités scandaleuses étaient plus difficiles autrefois en pays de coutume, les mœurs y mettaient frein sinon le droit. *Durante matrimonio* le second conjoint ne pouvait espérer recevoir des libéralités directes considérables, c'est vrai, mais le faible des lois coutumières était de ne prévoir pas l'abus, résultat possible de telle ou telle combinaison matrimoniale, de ne pas défendre hors mariage les donations trop fortes, partout la légitime ne venait pas protéger les descendants. Aussi lorsque, le droit romain renaissant, se multiplièrent les facilités de faire entre vifs des avantages gratuits, des injustices furent possibles. Au xvi^e siècle se produisirent de tels faits que l'on dut promulguer l'édit de 1560.

L'édit des secondes noces contient deux chefs. Par le premier, reproduction de la loi romaine *Hac edictali*, défense est faite aux veuves de donner à leur nouveau mari (même par contrat de mariage) leurs biens person-

nels (par voie directe ou par personnes interposées : descendants ou ascendants du nouvel époux) au delà d'une part d'enfant le moins prenant. Par le second, défense est faite aux veuves d'avantager leur nouveau mari avec des biens qu'elles ont reçus de leur conjoint prédécédé ; de tels biens seront réservés aux seuls enfants du premier lit.

La Coutume de Paris (art. 279) vint compléter ces dispositions, les conquêts faits avec le premier mari ne purent non plus être donnés par les veuves à leur nouveau conjoint.

La légitime, consacrée désormais par la Coutume, couronna l'édifice de protection pour les descendants contre les libéralités excessives faites par leurs ascendants.

« La légitime, porte la Coutume de Paris (art. 298), est la moitié de telle part et portion que chacun enfant eût eu en la succession desdits père et mère, aïeul ou aïeule ou autre ascendant, soit en meuble ou immeuble, si lesdits père et mère ou autres ascendants n'eussent disposé par donations entre vifs ou de dernière volonté sur le tout deduct les dettes et frais funéraires: »

§ 3. — Droits successoraux réciproques entre la mère et ses enfants.

Etudions enfin les droits successoraux réciproques entre la mère et ses enfants.

Père et mère concourent et passent avant tous colla-

téraux. Sur les biens de leur enfant mort sans postérité, tous deux succèdent pour moitié ; toutefois, en vertu de la règle : *propres ne remontent*, ils ne peuvent recueillir les propres provenant de la ligne à laquelle ils n'appartiennent pas. Ainsi les collatéraux paternels, non pas la mère survivante, recueilleront l'héritage advenu du père *au de cujus*.

Tel est le droit commun. Mais certaines coutumes faisaient échec au droit commun. Dans la succession aux meubles et aux acquêts immeubles, les unes (Ribemont, 67, Bourgogne, ch. VII, art. 14, Bourbonnais, 314) faisaient concourir les père et mère avec les enfants, d'autres en pareil cas leur attribuaient la propriété des meubles et l'usufruit des immeubles (Berry, XIV, 4).

En Normandie, faute de descendants, le père excluait la mère (241, 325).

La mère bénéficie du droit de retour. « En effet, remarque M. Georges Marquis, toutes les coutumes qui contiennent une disposition en faveur du retour légal, l'accordent expressément au père et à la mère, ou permettent de l'exercer aux ascendants (C. de Berry), ou même à tout donateur sans distinction (C. de Valenciennes). Aussi décida-t-on sans hésitation que dans les Coutumes muettes sur la question, la mère et les ascendants maternels devaient avoir droit au retour légal (1). »

Quant aux filles et fils, ils succèdent à leur mère de pré-

(1) G. Marquis, *Du droit de retour de l'ascendant donateur*. Thèse Paris, p. 393.

férence à tous autres parents. L'aîné des enfants nobles jouit du privilège d'aînesse sur les fiefs : sa part, suivant la Coutume de Paris : 1^o comprend l'hôtel ou manoir principal et ses dépendances immédiates (col du chapon) ; (la *de cujus* laisse-t-elle plusieurs biens dans les ressorts de Coutumes diverses, un manoir dans chaque ressort sera le préciput du fils aîné) ; 2^o comprend les deux tiers ou moitié des héritages et droits tenus noblement, selon qu'il est en concurrence avec deux ou plusieurs autres enfants. Mais égale à celle des cadets sera sa contribution aux dettes. Prédécède-t-il, ses descendants bénéficieront de ses avantages, passeront avant leurs oncles : la représentation en ligne directe est partout consacrée. S'il prédécède sans descendance, ou s'il renonce, ou s'il est exhéredé : pas de droit d'aînesse pour le plus âgé des autres fils. Pas non plus de droit d'aînesse si la mère n'a laissé que des filles. Les biens roturiers se divisent par fractions égales entre tous les enfants ; grâce à la représentation la part d'un prédécédé n'accroît pas à ses frères et sœurs s'il laisse des descendants. Toutefois, même en roture, la Coutume de Ponthieu n'admet qu'un héritier, le fils aîné, à son défaut la fille aînée, ne réserve que le quint viager aux autres enfants. Certaines Coutumes aussi décident qu'entre nobles les biens même roturiers se partageront noblement.

Légitime et réserve des quatre-quintr combinées protègent les droits héréditaires des filles et fils. Par donation ou testament la mère ne peut avantager l'un d'eux plus

que l'autre. La légitime féodale très énergique protège le fils aîné à l'encontre surtout de ses frères et sœurs.

Le droit coutumier consacre les causes d'exhérédation formulées par la Nouvelle 115 auxquelles il ajoute le cas si pratiquement grave de mariage d'un mineur contre la volonté des parents. Denisart, au mot : Exhérédation, prend soin de noter : « la mère ne peut en exhérédant ses enfants, les priver de la faculté de recueillir les fonds de son douaire. »

Contre les legs seuls et quant aux biens propres les droits héréditaires maternels se trouvent protégés par la réserve.

§ 4. — Appendice. — Noblesse maternelle.

Un mot comme appendice sur la noblesse maternelle aux derniers siècles.

Guyot (1) nous dit en son *Répertoire* sur ce point : « La noblesse de la mère peut servir à ses enfants lorsqu'il s'agit de faire preuve de noblesse des deux côtés, et que les enfants sont légitimes et nés de père et de mère tous deux nobles, mais si la mère seule est noble, les enfants ne le sont point. » La règle générale en pays coutumiers est que seule compte la noblesse paternelle. Mais cette règle n'est pas sans exceptions : les Coutumes de Troyes, Chaumont, Meaux, Sens, Vitry, Bar-le-Duc, St-Mihiel,

(1) Guyot, *Répertoire*, au mot : Mère.

Clermont en Argonne parlent de nobles par la mère. Les privilèges reconnus à ces derniers sont fort restreints.

Au ^{xviii}^e siècle, les nobles de mère, écrit M. Grau, ne songent plus qu'à disputer à la royauté quelques privilèges coutumiers : le droit de prendre le titre d'écuyer, d'être exempts de la jurée, de plaider en première instance devant les baillis et sénéchaux, d'avoir la garde noble, de partager noblement et de jouir du préciput légal accordé au survivant des époux nobles (1). »

La franchise (2), au contraire, se transmet toujours par la mère : l'enfant d'une femme franche et d'un serf sera franc, l'enfant d'une serve et d'un franc sera serf.

(1) Grau, *Noblesse maternelle*, p. 28, thèse Paris.

(2) Loisel, *Inst. cout.*, l. I, règle 40.

CHAPITRE II

CONDITION DE LA MÈRE EN PAYS DE DROIT ÉCRIT.

Nos provinces méridionales gardèrent toujours l'empreinte dont les avaient marquées les mœurs romaines. Fidèles aux lois de Théodose malgré les invasions barbares, malgré la féodalité, leurs coutumes se vinrent fortifier plus encore lorsqu'au XII^e siècle s'imposa dans l'école l'œuvre robuste de Justinien. Aussi l'ordonnance de Montilz-les-Tours trouva-t-elle peu d'échos en ces pays soumis au droit romain. Il va sans dire que les règles constitutives de la famille seront au Midi diamétralement l'opposé des règles coutumières. C'est la très vieille *patria potestas* entre les mains du père seul, indéfinie dans sa durée. La mère reste sans pouvoir juridique *durante matrimonio*, jamais n'exerce la puissance. Mais en fait au foyer familial, sa place sera ni moins digne, ni moins forte que parmi les Coutumes du Nord.

« Les droits du père sur ses enfants, dit Catellan (1), si autorisés parmi les Romains comme établis par la nature, sont parmi nous devenus bien plus sacrés et plus respectueux comme établis par Dieu même. Cette loi divine a fait passer jusqu'à la mère l'autorité que le père

(1) Cité par Merlin, *Rép. de juris.*, V^o Puiss. pat.

seul avait dans l'établissement de ses enfants. Nous honorons et respectons dans l'un et dans l'autre l'image et l'ordre de Dieu, et s'il m'est permis de détourner en ce sens le sens profane d'un poète payen : *Deus est in utroque parentum.* »

§ 1^{er}. — Droits et devoirs maternels
quant à la personne.

Le christianisme, au Midi comme au Nord, est venu consacrer l'autorité maternelle. Reine dans la famille, comme le père est roi, la mère partagera le gouvernement domestique. Qu'il nous suffise pour juger sa condition respectée durant le mariage de rappeler ces testaments si nombreux où le père lui lègue avec ses biens, puissance sur les enfants.

« Au sein des familles de ce temps (xv^e siècle), le père, écrit M. Ch. de Ribbe, ne disparaissait que pour se survivre dans la mère. Souvent il délégua à celle-ci l'exercice de la puissance paternelle, en sorte que le fils, préposé à la conservation du foyer, y resta toujours soumis au même devoir...

« Il n'était pas rare que ce souverain pouvoir fut presque indéfiniment conféré à la mère, même à l'égard des fils déjà mariés... D'ordinaire elle avait à l'exercer tant qu'ils ne seraient pas majeurs de vingt-cinq ans... Combien de beaux et touchants témoignages, venant d'hommes, qui, dans de hautes situations ne demeuraient pas

moins soumis à leur mère et se faisaient honneur de lui laisser l'entière administration de leur patrimoine (Ma mère administre tout mon bien ; et j'ay eu ce respect pour elle de tout lui laisser administrer jusqu'à sa mort », écrit dans son livre de raison Henry de Forbin, premier président et intendant de Provence sous Colbert) ! Et que n'y aurait-il pas encore à y ajouter ! Des testateurs s'inspirent de la Bible dans leurs recommandations suprêmes : « *Qu'ils soient obéissants à leur mère ! disent-ils, qu'ils l'entourent de respect et de soumission pour avoir une longue vie sur la terre et être comblés des bénédictions du ciel* (1). »

Voici, parmi bien d'autres, le testament d'un paysan provençal en 1545, cité par le même auteur : « *Laysso ma moher Margarido donna et maistressa de la personne de nos enfans et de nos bens, tant qu'el vioïra, sans faire inventari. Vol que, quand nos enfans seran grans et que non continuquesson istar eme ele, siegue dama et maistressa* (2). »

Il est donc permis de conclure que, même en face du père, la mère pour élever ses enfants ne sera pas sans jouir « d'une certaine autorité civile raisonnable » aussi forte qu'en pays coutumiers.

Comme en pays coutumiers, sous les mêmes formes,

(1) Ch. de Ribbe, *La société provençale à la fin du moyen âge*, p. 159 et suiv.

(2) Ch. de Ribbe, *Les familles et la société en France avant la Révolution*, t. II, p. 137 ; cf. p. 134-136.

la mère sera consultée pour le mariage de ses filles et fils.

Rien non plus qui diffère des pays de Coutume quant à la garde des enfants au cas de mort civile, d'absence, de folie du père, au cas de séparation des époux.

La mère veuve continue d'élever près d'elle ses enfants. L'on applique la loi romaine : *Educatio pupillorum suorum nulli magis quam matri eorum committenda est*. « Ce texte, dit Albert (au mot : *Education*, ch. 1), a servi de fondement à un arrêt du Parlement de Toulouse du 11 mars 1655 qui a préféré une mère à un oncle paternel pour l'éducation d'une fille, quoiqu'on reprochât à la première de vouloir marier celle-ci avec un homme dont la fortune ne répondait pas à la sienne. » Il a même été jugé au Parlement de Provence, rapporte Merlin (1), 22 mars 1646, que la mère devait être préférée à l'aïeule maternelle, quoique celle-ci eût été nommée par l'aïeul paternel éducatrice de ses petits-enfants. Bref, l'on semble admettre les solutions des Parlements coutumiers. Toutefois Ferrière, en son *Dictionnaire de droit et pratique*, laisse percer certains flottements. Ainsi, nous dit-il, par arrêt du Parlement de Provence du 19 février 1644, l'éducation d'une fille âgée de quatre ans a été donnée à l'ayeul paternel, à l'exclusion de la mère, parce que cette fille étoit sous la puissance de l'ayeul. Boniface rapporte semblable arrêt du 14 octobre 1660 (2).

Pour remplir ce devoir d'éducation la mère se trouve

(1) Merlin, *Rép.*, mot : *Education*.

(2) Ferrière, *Dictionnaire de droit et pratique*, mot : *Education*.

armée d'un même pouvoir coercitif qu'en pays coutumiers (1).

Pas non plus de saillantes particularités quant à son droit de consentir au mariage des enfants.

Mais pour régir leurs intérêts matériels, ses droits seront mieux affirmés peut-être que par les Coutumes.

Très souvent, par acte testamentaire, le chef de famille, nous l'avons pu voir, déléguait à sa femme puissance sur les enfants. Ce n'était pas une simple tutelle, mais la *patria potestas* et tous ses attributs que possédait la mère veuve. Les plus fréquentes dispositions reviennent à lui conférer l'usufruit de tous les biens, cela dans le but d'amener entre la mère et ses enfants vie commune, la mère gérant le patrimoine indivis. « Les paysans, en général, instituent leurs femmes, souveraines maîtresses dans la gestion des biens ; ils les arment de toutes pièces à cet effet, commençant par les dispenser de tout inventaire, puis leur léguant ce qui pourrait leur être réclamé, et en prévision d'actes coupables de la part d'un enfant, leur donnant jusqu'à la faculté de l'expulser de la maison et de l'exhérer (2). » Au cas où la veuve se viendrait à remarier, les testateurs prononcent sa déchéance, à son égard tout au moins fin de l'indivision, perte rétroactive de sa qualité d'héritière.

Parfois les testaments paternels moins favorables stipulent que des co-tuteurs devront assister la mère soit

(1) Boniface, t. V. I, §, t. 3, ch. 1.

(2) Ch. de Ribbe, *Société provençale à la fin du moyen âge*, p. 159.

pour l'aider de leurs conseils, soit pour gérer de concert avec elle, soit pour contrôler sa gestion (1).

Parfois ils vont encore plus loin, dénieient le rôle de tutrice à la mère.

Nommée tutrice par acte testamentaire, la mère ne voit pas ses pouvoirs soumis à confirmation des parents et de justice, sauf sous le ressort du Statut de Provence. Bien que mineure de vingt-cinq ans, elle peut valablement administrer (2).

Comme le père, la mère veuve pourra plus tard nommer un tuteur à ses enfants pupilles, pourvu qu'elle les institue ses héritiers, mais ce tuteur doit toujours être confirmé par les parents et par le juge. L'influence de l'Eglise qui tendait à rapprocher la mère du père est ici manifeste, remarque M. Glasson (3). A défaut de tutelle testamentaire, si par ailleurs l'aïeul paternel n'est pas là pour exercer la *patria protestas*, la mère veuve, majeure de vingt-cinq, sera légitime tutrice *de plano*, sans qu'il soit besoin d'avis de parents et de confirmation par justice. C'est le système de l'authentique *matri et aviae* (4).

Quelque notoire que soit l'insolvabilité de la mère, on ne peut lui refuser la tutelle de ses enfants, ni la contraindre à fournir caution. Elle n'est pas davantage tenue

(1) V. B. Gaillard, *Tutelle maternelle*, thèse Montpellier, 1897.

(2) Ferrière, *Traité des tutelles*, p. 58.

(3) Glasson, *Hist. du dr. et des instit.*

(4) Sur tous ces points : consulter Ferrière, *Traité des tutelles*, p. 17 et suiv.

de renoncer aux secondes noccs ni au bénéfice du sénatus-consulte Vellien.

Il est libre à la mère de renoncer à la tutelle, on ne peut la forcer d'être tutrice s'il ne lui plaît. « Néanmoins, nous dit Ferrière, elle est toujours censée tutrice si elle ne déclare expressément qu'elle ne veut point l'être. La mère est si fort réputée tutrice qu'elle est en cette qualité obligée d'agir et de défendre jusqu'à ce qu'elle ait fait nommer un tuteur à sa place, ainsi que l'annonce Faber et comme le veut la jurisprudence des arrêts. » Mais les tribunaux bientôt se contentèrent de surseoir à statuer jusqu'à nomination d'un nouveau tuteur, sur requête de la plus diligente partie.

Les statuts de Provence faisaient échec à cette légitime tutelle, exigeaient, comme en pays coutumiers, nomination par le juge sur avis des parents.

Ipsa facto par son second mariage la mère perd la tutelle. Elle doit avoir soin de faire sans délai nommer nouveau tuteur, rendre à ce dernier compte de sa gestion

La mère remariée (Usage du Parlement de Toulouse) sans avoir fait nommer un tuteur à ses enfants, sans avoir rendu ses comptes, est privée de son augment de dot, des legs et libéralités reçues de son premier mari, comme aussi de tous droits successoraux sur les biens de ses enfants décédés en pupillarité. C'est reproduire la Nouvelle 22 et l'édit de Sévère. Mais ces sanctions pénales finirent par disparaître dans le ressort des autres Parlements. Elles n'atteignent pas la mère mineure de vingt-cinq ans.

Le conseil de famille peut rappeler à la tutelle la mère remariée, qui devient alors tutrice dative. Mais en Provence, un statut de 1433 formellement prohibe cette dérogation aux règles anciennes.

§ 2. — Droits et devoirs maternels quant aux biens.

Arrivons plus spécialement aux droits et devoirs maternels quant aux biens.

Durante matrimonio la mère ne devra fournir à ses filles ou fils des aliments que si le père est pauvre : « Comme en pays de droit écrit, nous dit Ferrière, la femme a des biens paraphernaux, la mère peut être obligée de nourrir ses enfans lorsqu'elle est riche et que son mari est pauvre (Nov. 117, ch. 7) ; autrement elle n'est point tenue de fournir aux frais de la nourriture des enfans communs : elle porroit même répéter les alimens qu'elle leur aurait fournis, à moins qu'elle ne les leur eut donné *materno affectu* (L, 5, § 14, *de agnosc. alend. lib.*) (1). »

Il va sans dire que les enfans devront toujours subvenir à la détresse de leur mère.

Quant à constituer une dot à sa fille *durante matrimonio*, la mère ne le doit qu'à défaut du père : « En pays de droit écrit, remarque Roussilhe (2), les femmes n'ont aucune part aux acquêts ni aux sociétés conjugales (à

(1) Ferrière, *Dictionnaire de droit et pratique*, au mot : Alimens.

(2) Roussilhe, *Traité de la dot*.

moins qu'il n'y ait eu convention expresse), or les femmes n'ayant aucune part aux biens acquis durant le mariage, elles ne sont pas obligées de fournir de leur dot pour l'établissement de leurs enfants ; c'est au père qui reçoit et profite de tout à pourvoir à la dot et établissement de ses enfants, les femmes n'ont ni ne peuvent avoir que des espérances bornées ; cependant, à défaut de pouvoir de la part du père, la mère doit y suppléer. »

Simple obligation naturelle en pays coutumier, le devoir d'établir les enfants se transforme en véritable obligation juridique en pays de droit écrit. Albert rapporte un arrêt du 5 juillet 1655 condamnant une mère à doter sa fille.

En principe la mère ne jouit d'aucun droit sur les biens de ses enfants. Nous avons vu toutefois le père en son testament lui venir octroyer l'usufruit de tous ses biens, et cela n'était point rare. Dans cette hypothèse, sauf expresse disposition paternelle, la jurisprudence décide que la mère peut seulement prétendre les aliments, un entretien honnête et la prééminence dans la maison, son fils, héritier du père, peut lui demander compte des excédents de revenus (1).

Au temps de Ferrière, la mère remariée conserve néanmoins le droit de révoquer, pour cause d'ingratitude, les donations par elle faites à ses enfants.

L'édit de 1560 pour protéger les enfants d'un premier lit contre les libéralités scandaleuses de leur mère à son

(1) Ferrière, *Traité des tutelles*, p. 127.

second mari, ne fit que généraliser les protections existantes déjà dans les pays de droit écrit où se trouvaient en vigueur les lois romaines *Feminaeque, Generaliter et Hac edictali*.

§ 3. — Droits réciproques de succession entre la mère et ses enfants.

Abordons enfin les droits réciproques de succession entre la mère et ses enfants.

Dans le Midi, pour déterminer les droits successoraux maternels, pas à distinguer les propres des acquêts, règne l'unité du patrimoine. L'ordre des héritiers est celui de la Novelle 118. Dans la succession de l'enfant, mort sans postérité, la mère vient concourir avec le père et les frères ou sœurs germains. Si la mère est veuve, elle exclut le grand-père et la grand'mère paternels. Entre frères, sœurs et ascendants, le partage a lieu par têtes. Y a-t-il en outre des enfants de frères et sœurs, ils prennent par souches, en concours avec ces derniers, la part de leurs auteurs. Pas à distinguer biens nobles et roturiers.

A ce système tenta vainement de faire échec, en 1567, l'*édit des mères* rendu par Charles IX. Aux termes de cet édit, les biens des enfants provenus du père ou du côté paternel devaient retourner à la ligne paternelle sans que la mère put y prétendre. C'était bouleverser le régime successoral en pays de droit écrit. Ce fameux édit de St-Maur rencontra de fortes résistances. Les Parle-

ments de Toulouse, Bordeaux, Grenoble refusèrent de l'enregistrer ; seuls l'acceptèrent les Parlements de Paris, Dijon, Provence. Il fut révoqué de guerre lasse en 1729.

« L'édit des mères, écrit M. P. Viollet, a laissé les plus mauvais souvenirs. Cujas l'appelait *ambitiosum decretum*; Mornac, *edictum adulterinum*. Bretonnier le comparait à un flambeau allumé par la discorde pour mettre le feu dans toutes les familles de droit écrit. Il prétendait, en outre, qu'il avait été rendu dans l'intérêt particulier du maréchal de Montluc, et cette raison seule, disait-il, devrait le faire rejeter, car une loi doit être faite pour l'utilité de tous les citoyens et non pour l'intérêt d'un seul (1). »

Contrairement aux principes romains, la jurisprudence fit accepter au profit de la mère le droit de retour (2).

Ab intestat sans prérogative de sexe ou de primogéniture, les enfants succèdent à leur mère avant tous autres parents. Aînés ou mâles ne seraient pas avantagés, du moins Boutaric garde sur ce point un silence absolu. A ces principes dérogent la Coutume de Bayonne (art. 66 et 67), comme aussi certaines régions que gouvernèrent les lois de Simon de Montfort. A signaler aussi vers le xii^e siècle, l'exclusion en Languedoc, Guyenne, Gascogne, des filles mariées et dotées. D'ailleurs une entière liberté testamentaire laissa libre l'usage d'avantager l'aîné.

La légitime romaine conservée par les pays de droit écrit protégea mutuellement la mère et l'enfant. Celle des

(1) P. Viollet, *Hist. du droit civil*, p. 847.

(2) G. Marquis, *Du droit de retour*, thèse Paris, p. 215 et suiv.

filles et fils fut du tiers ou de moitié, selon qu'ils étaient plus ou moins de quatre. Celle de la mère resta du quart,

Les légitimaires avaient : 1^o l'action en nullité du testament, s'ils n'avaient absolument rien reçu, laquelle annulait l'acte testamentaire et leur conférait qualité d'héritiers ; 2^o l'action en complément de légitime pour compléter une insuffisante libéralité (1).

L'on suivait aussi la Novelle 115 et ses 14 causes d'exhérédation. La mère pouvait en outre exhériter ses enfants mariés contre son gré.

§ 4. — Condition de la mère dans certaines régions des Pyrénées.

Au milieu même des pays de droit écrit certaines régions firent à la mère une condition privilégiée. Dans les coutumes de Barèges, de Lavedan, dans l'ancien droit rustique du Béarn, la femme eut même aptitude que l'homme pour représenter, conduire et perpétuer la famille. « Idée profonde, enracinée, antique, écrit M. Eug. Cordier (2), qu'aucune invasion de peuples historiquement connue n'a pu jamais porter dans ces régions, qui est propre à ceux qui les habitent, aux Basques surtout, qui sont les plus anciens, fruit spontané de leur nature,

(1) Julien, *Statuts de Provence*, Prescription, sect. 1, n^o 35 ; *Eléments de Jurisp.*, liv. II, tit. II, n^o 48 ; Furgole, *Testaments*, ch. VIII.

(2) E. Cordier, « Le droit de famille aux Pyrénées ». *Rev. hist. du dr. fr.*, t. V, 1859, p. 284.

voix primitive de leur conscience, dont l'écho, répété par tant de siècles est venu jusqu'à nous ! »

Les filles aînées surtout jouissaient de prérogatives incontestées. Voici d'ailleurs comment s'exprime en ses études si curieuses sur *Le Droit de famille aux Pyrénées*, M. Eug. Cordier (1) : « L'héritière, selon l'usage..., reçoit pour époux (Barèges) un cadet de famille qui lui apporte sa légitime en dot. Cet époux, appelé gendre, est littéralement dotal. Il n'a droit, le cas échéant, lui ou ses héritiers, qu'à la répétition de sa dot ». Il peut retirer l'entière constitution qu'il aura portée dans la maison de sa femme, et non autre chose, sous prétexte des améliorations qu'il y pourrait avoir fait (art. 11 et 19 combinés) C'est assez dire qu'il doit travailler uniquement pour le bien et avantage de la maison où il est établi. Ce qu'on veut de lui, c'est son labeur, ce sont ses sueurs, les peines qu'il se donne pour entretenir le bien, pour rendre la maison florissante. Son nom, on le lui laisse. Ses enfants porteront le nom de leur mère, continueront sa famille, perpétueront le souvenir des aïeux maternels ! Le gendre est là pour améliorer l'état de la maison. Il ne peut l'empirer en contractant des obligations de son chef. Il y demeure, il y doit demeurer. On doute même qu'il puisse s'en séparer, si ce n'est pour le motif d'incompatibilité grave avec son beau-père ou avec sa belle-mère. Un simple caprice de sa part ne pouvait entraîner à sa suite ni

(1) E. Cordier, *Ibid.*, p. 284.

sa femme, malgré la puissance maritale, ni ses enfants malgré la puissance paternelle. »

De même le fils aîné prendra toujours pour épouse une cadette de famille : ce sera la bru.

« Dans cette manière de voir, toute conforme à la tradition de Barège, le mari de l'héritière ne jouait auprès de sa femme, qu'un rôle très secondaire, et ce rôle, accepté par les mœurs, lui était, au fond imposé par la loi (1). »

Il ne pouvait ni disposer de sa légitime, ni aliéner les biens de sa femme, ni l'obliger.

« L'héritière, au contraire, avait toute liberté d'aliéner, de consentir toutes sortes de contrats, d'ester en jugement pour demander ou défendre, sans l'autorisation de son mari. »

« Le mari dotal, poursuit M. Cordier, dans une autre série d'articles, ne peut, s'il lui convient, emmener sa femme de la maison de celle-ci, en retirer ses enfants : la mère, les parents paternels, ont sur ceux-ci plus d'autorité que lui-même (2). »

« Dans le plus ancien droit, le consentement au mariage paraît moins être un attribut de la puissance paternelle que le privilège sans distinction de sexe de celui des parents qui est propriétaire, la mère en jouit à ce titre, de même que le père ne peut autoriser ses fils pui-

(1) *Ibid.*, p. 355.

(2) Cordier, « De l'organisation de la famille chez les Basques », *Rev. hist.*, t. XIV, 1868, p. 582.

nés à quitter la maison où ils doivent leur travail, mais que la mère le peut quand la maison est sienne (Barèges, 16 ; Noguès, p. 331-332). On le voit qu'il y a suivant les cas puissance paternelle ou puissance maternelle. »

L'intérêt de la famille, que les enfants représentent, fait évanouir ici la puissance d'un parent qui ne la représente pas.

Quant à la mère, femme d'un aîné, elle semble, en son veuvage, profiter dans certaines limites de la puissance paternelle : ayant l'administration et l'usufruit des biens de ses enfants jusqu'à leur majorité ou mariage. Mais veut-elle quitter la maison de son défunt mari (son convoi en secondes noces l'y oblige même), ses enfants ne la pourront suivre, resteront commis aux plus proches parents du père. En ce dernier cas ses droits sur leurs biens disparaissent.

La condition de la mère, épouse d'un cadet, doit fort ressembler à celle faite à toute mère légitime par les pays coutumiers. Du moins si les deux époux ont quitté leurs familles respectives pour fonder un foyer indépendant.

Vu :

Le Président de la Thèse,
CH. LEFEBVRE.

Vu :

Le Doyen,
CH. LYON-CAEN.

Vu et permis d'imprimer :

Le Vice-Recteur de l'Académie de Paris,
L. LIARD.

TABLE DES MATIÈRES

	Pages
INTRODUCTION	1
 PREMIÈRE PARTIE LES ORIGINES	
CHAPITRE PREMIER. — Condition de la mère chez les Celtes	3
CHAPITRE II. — Condition de la mère en Gaule romaine.	41
SECTION I. — <i>De César à Constantin</i>	44
§ 1 ^{er} . — Avantages conférés à la femme devenue mère. .	46
§ 2. — Droits et devoirs maternels quant à la personne .	49
§ 3. — Droits et devoirs maternels quant aux biens . . .	28
§ 4. — Système successoral entre la mère et les enfants.	30
SECTION II. — <i>De Constantin aux invasions barbares</i>	36
§ 1 ^{er} . — Idéal chrétien de la famille,	36
§ 2. — Avantages conférés à la femme devenue mère . .	43
§ 3. — Droits et devoirs maternels quant à la personne .	44
§ 4. — Droits et devoirs maternels quant aux biens . . .	52
§ 5. — Système successoral entre la mère et les enfants.	54
§ 6. — Reconnaissance de la famille servile.	57
CHAPITRE III. — Condition de la mère chez les Wisigoths, Burgondes et Francs avant les invasions	60
§ 1 ^{er} . — Le <i>mundium</i> perpétuel des femmes n'existait pas chez les Germains passés en Gaule	62
§ 2. — Droits et devoirs maternels quant à la personne.	68
§ 3. — Droits et devoirs maternels quant aux biens. . .	77
§ 4. — Système successoral entre la mère et les enfants.	78

DEUXIÈME PARTIE

PÉRIODE FRANQUE

CHAPITRE UNIQUE. — Condition de la mère sous la domination franque	83
§ 1 ^{er} . — Droits et devoirs maternels quant à la personne.	85
§ 2. — Droits et devoirs maternels quant aux biens. . .	96
§ 3. — Système successoral entre la mère et les enfants.	100
§ 4. — Famille servile	102

TROISIÈME PARTIE

PÉRIODE FÉODALE

CHAPITRE UNIQUE. — Condition de la mère dans la France féodale	107
§ 1 ^{er} . — Droits et devoirs maternels quant à la personne.	110
§ 2. — Droits et devoirs maternels quant aux biens. . .	135
§ 3. — Système successoral entre la mère et ses enfants.	139
§ 4. — Influence de la condition sociale de la mère sur celle de ses enfants	143

QUATRIÈME PARTIE

PÉRIODE MONARCHIQUE

CHAPITRE PREMIER. — Condition de la mère en pays coutumiers	147
§ 1 ^{er} . — Droits et devoirs maternels quant à la personne.	149
§ 2. — Droits et devoirs maternels quant aux biens . .	165
§ 3. — Système successoral entre la mère et ses enfants.	170
§ 4. — Noblesse maternelle	173
CHAPITRE II. — Condition de la mère en pays de droit écrit.	175
§ 1 ^{er} . — Droits et devoirs maternels quant à la personne.	176
§ 2. — Droits et devoirs maternels quant aux biens. . .	182
§ 3. — Système successoral entre la mère et ses enfants.	184
§ 4. — Condition de la mère dans certaines régions des Pyrénées.	186

Imp. J. Thevenot, Saint-Dizier (Haute-Marne).
